Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. Serie B.-Tomo III

R. SALEILLES
Profesor de la Universidad de París

LA POSESIÓN DE BIENES MUEBLES

ESTUDIOS DE DERECHO ALEMÁN Y DE DERECHO FRANCÉS

TRADUCCIÓN CASTELLANA
POR LA REVISTA

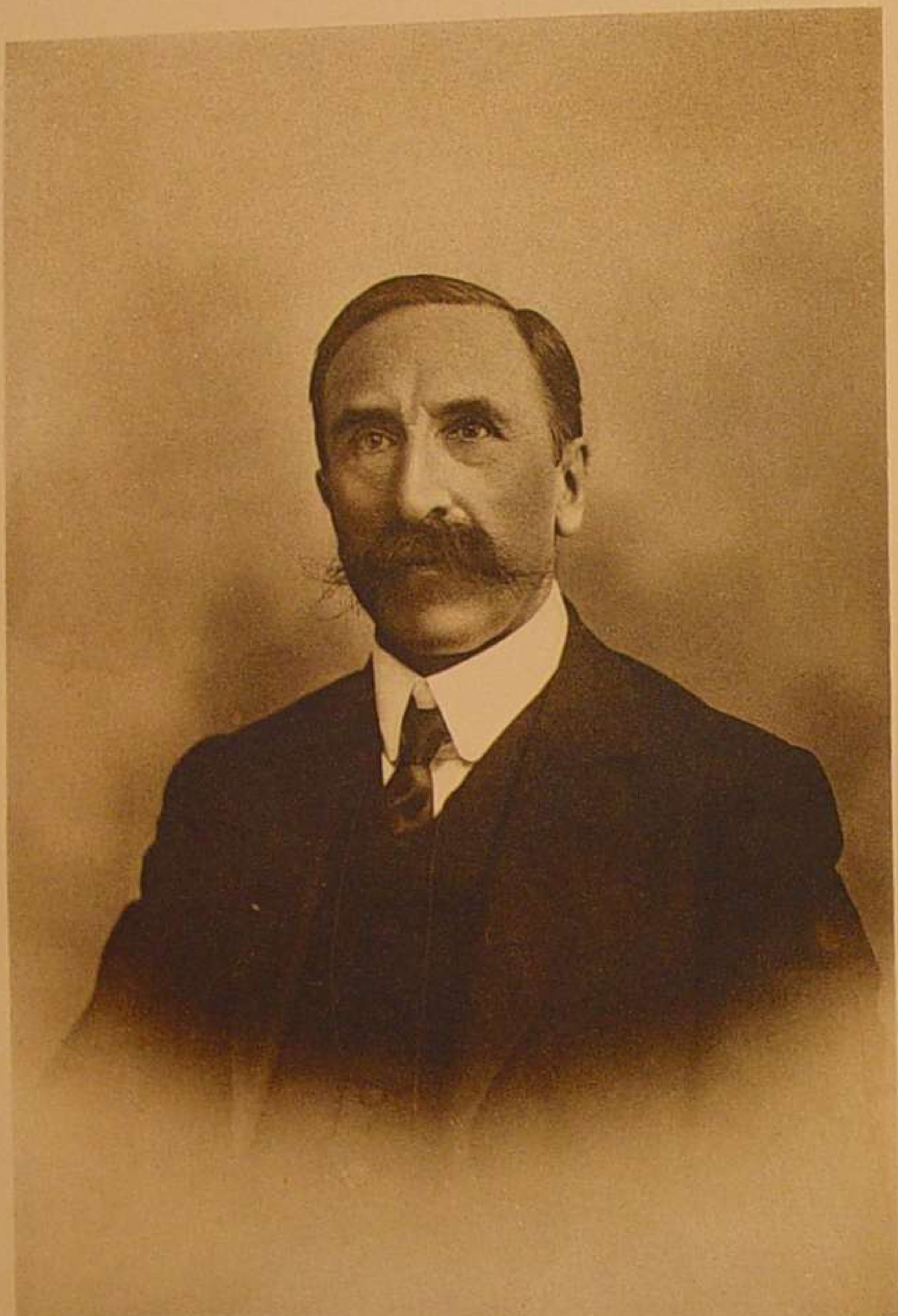
ANOTADA CON ARREGLO A LAS LEGISLACIONES ESPAÑOLA Y AMERICANAS
POR

JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS
Catedrático de la Universidad de Valencia



MADRID
LIBRERIA GENERAL DE VICTORIANO SUAREZ
PRECIADOS, 48
1927

LA POSESIÓN DE BIENES MUEBLES



R. Saleilles

*1855 - †1912

Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. Serie B.-Tomo III

R. SALEILLES

Profesor de la Universidad de París

LA POSESIÓN
DE
BIENES MUEBLES

ESTUDIOS DE DERECHO ALEMÁN Y DE DERECHO FRANCÉS

TRADUCCIÓN CASTELLANA

POR LA REVISTA

ANOTADA CON ARREGLO A LAS LEGISLACIONES ESPAÑOLA
Y AMERICANAS

POR

JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS

Catedrático de la Universidad de Valencia



MADRID

LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUAREZ

PRECIADOS, 48

1927

Saleilles y su obra

Ningún testimonio mejor de respeto y de afecto hacia el insigne maestro que el de trazar brevemente unas notas sobre su vida ejemplar y su doctrina fecunda y rica. Así también será más fácil al lector español penetrar en el fondo del libro que a continuación se publica; que, muchas veces, no se llega a la entraña de un estudio si no se ha logrado situarlo previamente en el sistema general del autor, más aún, familiarizarse con éste lo bastante para comprender con cariño su pensamiento. Sirvan, pues, estas páginas para lograr tales finalidades, huyendo de todo propósito crítico y concretándose a una como evocación de la figura y obra del eminente jurista, cuya existencia noble y laboriosa sería ya de por sí espléndida enseñanza, de no serlo, y en forma preeminente, su múltiple y vigorosa producción (1).

* * *

(1) Hemos utilizado de preferencia el interesante volumen que con el título de *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles* publicaron en 1914 (Rousseau, París) diversos profesores, y en el cual se ocuparon de las siguientes materias: GENY, del concepto general del Derecho en nuestro autor; CAPITANT, de su idea sobre el Derecho comparado; GAUDEMET, de sus estudios sobre el Código civil alemán; FOURNIER, de su labor como historiador del Derecho; MEYNIAL, de su actuación como romanista; DESLANDRES, de sus trabajos en materia social; COLIN, de su esfuerzo en materia de legislación positiva; MICHOUD, de su teoría de la personalidad; CHARMONT, de su conciliación entre los derechos del individuo y los de la colectividad; TISSIER, de sus escritos sobre la posesión; LEREBOURGS-PI-

Raymond Saleilles nació en Beaune el año 1855, de familia acomodada de terratenientes y viticultores, cuyos antecedentes no ofrecen entronques con el cultivo del Derecho, sino más bien con los trabajos de la agricultura. En su país natal hizo los estudios de segunda enseñanza, formándose a sí mismo en cierto sentido, autodidactismo que no deja traslucir luego lo disciplinado de su temperamento. Trasladado después a París para estudiar Leyes, se matriculó en la Facultad libre dependiente del Instituto Católico, aunque siguió más tarde las enseñanzas del doctorado con los profesores más esclarecidos de la Facultad oficial.

En 1884, y luchando con valiosos competidores, ingresó en el profesorado, que había de ser una de las más grandes pasiones de su vida. En Grenoble comenzó su labor académica, explicando Historia del Derecho, enseñanza que corre también a su cargo cuando un año más tarde pasa a Dijon: en esta Universidad, y explicando a la vez en sus últimos tiempos Derecho constitucional, transcurren otros diez años, y en 1895 es llamado a París.

La estancia en Dijon pone de relieve alguna de las características de su espíritu: su ansia creadora, su enorme ascendiente sobre discípulos, compañeros y amigos. A ins-

GEONNIÈRE, de sus ideas sobre la obligación y la declaración de voluntad; MASSIGLI, de su influjo en la esfera de la responsabilidad extra-contractual, y, por último, LE POITTEVIN y R. BEUDANT trataron, respectivamente, de la individualización de la pena en Saleilles y de sus trabajos con motivo de la separación de la Iglesia y el Estado. Estos estudios, de alto valor, aunque desiguales en varios aspectos, van precedidos de una cordial Introducción debida a la pluma de THALLER y se completan con una detalladísima reseña de las publicaciones de nuestro autor, y una relación de los cursos de doctorado que profesara en las Universidades de Dijon y París.

Pueden consultarse, además, el estudio, lleno de emoción y respeto, que GAUDEMET insertó en 1912 en la *Revue bourguignonne de l'Université de Dijon*, t. XXII, núm. 4, pág. 161 (del cual se hizo una tirada aparte), el de MICHOUD, en la *Revue du Droit public* (1912, t. XXIX, pág. 372); el de TISSIER, en la *Revue Trimestrielle de Droit civil* (1912, t. XI, pág. 293), y las necrologías que aparecieron en el *Bulletin de la Semaine*, el *Bulletin de la Société d'Études Législatives* y los *Annales de Droit commercial*.

piración suya se deben en buena parte la fundación de la *Société des Amis de l'Université* y la aparición de la *Revue bourguignonne*. Y aun después de haberse establecido en la capital, mantuvo correspondencia y colaboración efusivas con sus colegas de provincias, participando en sus trabajos con su consejo y su intervención activa.

En París empezó profesando Legislación penal comparada, y pasó luego a ocupar, en 1898, la cátedra de Derecho civil, vacante por fallecimiento de su maestro y suegro, el notable jurista Bufnoir. Desde entonces cultivó esta disciplina, si bien hubo de abandonar su puesto en 1901, para facilitar el ingreso de un compañero, entrando él a desempeñar, hasta su muerte, la clase de Legislación civil comparada. Sus cursos del doctorado, de la mayoría de los cuales no ha quedado, por desgracia, constancia escrita, fueron modelo en su género, tanto por la variedad de los temas, como por la profundidad de la investigación y la enorme cultura de Saleilles.

Su salud precaria, sin embargo, entorpecía de modo considerable la labor de aquel trabajador infatigable. Obligado a abandonar sus tareas docentes y cuando más le atormentaba la enfermedad, invitaba, en ocasiones, a sus alumnos para que acudieran a su domicilio, a fin de continuar allí las lecciones. Y alguna vez, forzado a guardar reposo, en una de sus crisis dolorosas, su espíritu volaba libre, consolándole de la inacción del cuerpo, y al regresar de Ginebra presentaba al público un tomo con discursos religiosos de Newmann traducidos por él y podía decir sin paradoja: "Este trabajo es el fruto de más de seis meses de fatiga y de inmovilización..."

Temperamento esencialmente dinámico, no sabía limitarse al frío cumplimiento de su deber oficial, y con exuberancia de esfuerzo y singulares dotes de atracción personal, organizaba, dirigía, fecundaba empresas diversas, a las que aportaba todo el celo de su fervor generoso y desinteresado. Si no creador, al menos fué inspirador muy

principal de la admirable *Revue trimestrielle de Droit civil*, y desde luego, fué alma y sostén de la *Société d'Études Législatives*, preparó y llevó a feliz término el Congreso de Legislación comparada, celebrado en París el año 1900, y tuvo la primera idea del Centenario del Código civil, a cuyo éxito contribuyó espléndidamente.

Mientras tanto, y en otro orden de cosas, él, católico convencido, pero sin ostentación, se interesaba por la marcha de la política religiosa de su país, intentaba una conciliación, defendía con sutil y vigorosa dialéctica de consumado jurista la conveniencia de constituir las asociaciones de culto previstas en la ley de Separación, abominaba de la creación de un partido católico (que agruparía indefectiblemente en su contra a todos los sectores antirreligiosos y "a todos los liberales sinceros que hay en el país", echando sobre la Iglesia las derrotas que sufriera el partido), y procuraba una solución de concordia que, haciendo saber al Estado "que hay católicos en Francia", hiciera a su vez saber a éstos "que tampoco dejan de necesitar algunas lecciones", cómo debían "adaptarse al sistema legal que constituye el Derecho común de su nación".

Esta serenidad justiciera, aun en problemas delicados y vidriosos, no le faltó nunca; y ello, unido a su carácter bondadoso y cortés, que no le permitía abordar una refutación sin colmar de elogios sinceros a su adversario, justifica el universal respeto de que gozara y la falta de episodios salientes, dramatizables, en su vida modesta de afanes y trabajos. Con razón ha podido decirse que Saleilles "no tiene historia"; rechazó puestos en Comisiones oficiales; no solicitó ni obtuvo representaciones ni misiones para el extranjero; jamás pretendió honores ni mercedes. En cambio, cuando se trataba de laborar calladamente, sin brillantes oropeles, no regateó nunca su aportación, y bien lo pregonan sus trabajos en la Comisión encargada de preparar la reforma del Código civil. Saleilles no tuvo "historia" *externa;* pero sí tuvo, y muy fecunda y honrosísima "historia" *interna:* la de su conducta intachable y su obra copiosa.

Desgraciadamente, su vida no había de ser muy larga. En el curso de 1910 a 1911 experimentó notable mejoría; pero en el siguiente cayó para no levantarse más, muriendo el día 3 de marzo de 1912, de resultas de una operación quirúrgica. El sagaz investigador del Derecho alemán, el jurista enamorado de una futura síntesis, en que el genio francés recobrara la hegemonía jurídica *clarificando*, por así decirlo, y esculpiendo en dogmas diáfanos muchas de las concepciones brumosas de la ciencia germana, hubiera sufrido cruelmente ante el espectáculo terrible de nuestra Europa desde 1914, llena de odios y antagonismos. Su espíritu sensible, muy patriota, pero muy universal al mismo tiempo, no ha tenido que soportar la ruda prueba.

* * *

Siguiendo la tradición de los grandes juristas franceses, Saleilles no se especializó; es decir, no redujo su labor a un campo acotado y definido; antes al contrario, parece como si su temperamento le acuciara a abordar todo género de cuestiones, movido siempre de un impulso noble y de un celo ejemplar por el reinado de la Justicia. Y sin embargo, si la especialización conduce al dominio perfecto de la materia e intensifica la potencia de visión a medida que el horizonte abarcado se contrae, Saleilles alcanzó en sus trabajos de empeño la talla y las virtudes del especialista.

No es ocasión de analizar menudamente su labor, que pasará de un centenar de estudios. Bastará con ir señalando los aspectos más destacados en el conjunto de su producción, examinando primero sus ensayos menos importantes y reservando para el final el examen de sus obras más densas.

* * *

Como historiador del Derecho, toma parte Saleilles en las discusiones que se suscitaran en torno a la doctrina de Fustel de Coulanges respecto a las instituciones de la época de los Francos, publicando dos estudios acerca de la intervención de hombres libres en la justicia de aquellos tiempos y el reparto de tierras en los países galorromanos. No es esto, empero, lo que más interese en este aspecto de nuestro autor. Lo que interesa es su devoción por el método histórico, su odio a todo apriorismo, su concepción del Derecho como algo movible y sujeto a constante evolución, aunque acaso presintiera, según Geny, la dependencia con respecto a unos principios supremos que lo inspiren.

De la Escuela histórica, a la que rinde tributo de respeto, se aparta por esta razón última y por la dificultad de encontrar en ella un medio de transformación normal jurídica que marche a compás de los sucesos de la realidad. Del método histórico no se apartará, en cambio, nunca. Alguna vez llega a decir que no pueda dejar de ver el Derecho por su lado histórico. Y constantemente acude a la cantera de la Historia para buscar materiales aprovechables: lo mismo al elaborar la teoría de la personalidad que al estudiar la ascendencia de las compañías comanditarias o la situación de las primeras comunidades cristianas.

Y análogo criterio sigue en cuanto al Derecho constitucional. *Le Droit constitutionnel, c'est encore de l'histoire,* afirma en algún momento. Y de carácter histórico son también sus tanteos en esta disciplina (el compendio traducido por Harwey Robinson), a la que consagró, por lo demás, uno de sus más sugestivos cursos del doctorado, el desarrollado en Dijon (1892-93), sobre "El Estado y el Gobierno".

* * *

En el Derecho romano, busca Saleilles su inmenso valor técnico y social; pero no fué romanista por amor al pasado, sino para mejor poder dominar el moderno Derecho

civil. Los temas que llaman su atención en este respecto son, principalmente, dos de las cuestiones que más le atrajeron siempre, y a que aludiremos más tarde: la posesión y la personalidad. Aparte de esto, consagró meritorias investigaciones al dominio público y al patrimonio artístico, siempre con tendencia a su actual repercusión, y examinó el sugestivo problema de la continuación de la personalidad del difunto por el heredero y su responsabilidad ilimitada por las obligaciones del *de cuius*. También dedicó una bella monografía a la demostración de que eran *curiæ* y no *factiones* las primitivas comunidades cristianas, lo cual ayudaría a explicar el anómalo fenómeno de que tuvieran bienes unos organismos considerados como ilícitos por razón de su credo religioso. Finalmente, merece mención su trabajo sobre las *piæ causæ* en el Derecho justinianeo, encaminado a examinar el carácter mixto de asociación y fundación asumido por la Iglesia.

* * *

Ya en Derecho penal la aportación de Saleilles se concreta en una obra sólida y extensa, que ha alcanzado los honores de la traducción y goza de justo crédito: *La individualización de la pena*. Esta individualización no es sino la adaptación de la pena al individuo, pero entendida siempre la sanción como una pena-fin, no como una pena-retribución. La dificultad está en que nuestro autor vacila entre las soluciones neo-clásicas, cuyo principio admite (idea de responsabilidad), pero cuyas consecuencias no le satisfacen, y la tendencia italiana, cuyas conclusiones comparte, pero abominando del principio determinista en que se suelen basar. Saleilles, siempre enamorado de una posible conciliación, admite una libertad moral en cuya virtud quepa la idea de responsabilidad: todo sujeto *responde* de la forma y manera como ha creado su personalidad, del sesgo que ha dado a su vida; y aunque en cada caso concreto sea

el delito lo que se castiga, se tiene en cuenta asimismo al delincuente en su integridad, y la pena se gradúa en consideración al individuo y para su regeneración, teniendo presentes, de una parte, la gravedad del hecho, y de otra, la índole y grado de la criminalidad en el sujeto. Claro es que siendo muy diversos los delincuentes, deben establecerse penas paralelas, y aplicar unas u otras según los casos (de seguridad, si se trata de incorregibles; de reforma, cuando son delincuentes enmendables, y de mera intimidación, cuando el interesado no necesite rehacer su alma). Todo ello, aparte de tratamiento especial para algunas clases típicas de anormales, y de la individualización judicial o administrativa, cuestiones que también se estudian en esta obra, cuya característica es en cierto modo el ardor generoso que la anima.

Al lado de ella, y con mucho menor relieve, cabe agrupar las monografías sobre la tentativa imposible, las instituciones penitenciarias de Argelia, el estado de necesidad, la sentencia indeterminada, la ley del perdón, la reparación a las víctimas del delito y otras varias que completan la fisonomía de Saleilles como penalista.

* * *

Otro género de cuestiones constituye, sin embargo, el núcleo de su preocupación. Espíritu enamorado de las soluciones nobles e incapaz de presenciar impávido un agravio, acude constantemente a la brecha para combatir la injusticia donde quiera que se manifieste. Y unas veces proponiendo reformas en el Derecho positivo, otras en monografías doctrinales, conferencias, cartas y demás formas de actuación, defenderá al débil y tratará de amparar al necesitado. De aquí que acepte los bienes reservados de la mujer casada, y procure mejorar la condición de los hijos naturales borrando en lo posible la huella de su filiación impura, o se interese por la triste condición de los en-

fermos mentales, recomendando garantías que eviten una reclusión improcedente o una dolorosa apertura anticipada de su sucesión, al creerlos incurables. A iguales condiciones responden el punto de vista social que sostiene en cuanto al abuso del Derecho, la simpatía hacia ciertas formas de indivisión hereditaria y el patrimonio familiar inembargable, y su cariño hacia las fundaciones. Y en el mismo orden de ideas cabría citar su interés por la conservación física de la raza, sus temores ante el crecimiento de los divorcios, y su convicción de que sólo debería éste admitirse por causas posteriores al matrimonio (condena penal, locura incurable, ausencia, etcétera).

Y en los asuntos sociales propiamente dichos su concepción resplandece igualmente: en el contrato de trabajo, el objeto es en cierto modo el hombre; pero éste no puede abdicar de su personalidad; por eso se trata de un contrato excepcional; como que es un contrato de vida humana... En materia de responsabilidad, debe desaparecer la idea de culpa para ceder el paso a la de riesgo; de esta suerte—pensaba—quedan beneficiadas las víctimas, que suelen ser los más pobres (y es tal su poder de convicción que, según Massigli, nadie ejerció más influjo que él para que arraigara en Francia la teoría del riesgo como principio de responsabilidad en Derecho común).

Finalmente, análoga tendencia se acusa en otros estudios debidos a su pluma: así, por ejemplo, al defender los derechos de la colectividad frente a las codicias individuales en lo relativo a la hulla blanca y su aprovechamiento; así también al propugnar la implantación de instituciones cuasi-familiares más honda y humanamente protectoras; al reprochar su timidez social al Código civil alemán, objeto de su amor entusiasta en otros aspectos.

En toda esta esfera de asuntos Saleilles procura armonizar los intereses colectivos con los individuales, inspirándose en normas supremas de justicia. Y siempre muestra un claro sentido de la realidad. No era economista

profesional (y en alguna ocasión se le reprocha); pero su visión clara de la vida no le deja recluirse en el campo de la mera deducción lógica o la generalización prematura, sectores gratos al jurista; y, en cambio, el criterio de éste, su pasión por las soluciones conformes a Derecho, impide que le arrastre la pasión generosa, tan fuerte y cautivante en esta provincia de tristes accidentes y dolorosas perspectivas. De aquí su moderación al proponer reformas, pero su celo constante por un mejoramiento jurídico y social.

* * *

Y es que Saleilles no podía resignarse ante la idea de un Derecho paralítico, anquilosado. Admitía desde luego el primado de la ley como fuente; pero entendía que no podía ser considerada como mera manifestación subjetiva, cristalizada para siempre, del pensamiento que a su autor animara; antes al contrario, había que concebirla como un elemento objetivo del orden social, susceptible, por tanto, de irse desarrollando y modificando a compás de él. La ley escrita tiene enorme importancia; bien formulada en textos precisos, puede contribuir al progreso jurídico; y en una democracia es mucho más necesaria para asegurar la libertad de los ciudadanos.

Ahora bien; siendo esto así y teniendo hoy la costumbre el carácter de una causa de resistencia a legítimas reformas, más bien que el de un agente eficaz de adelanto, resulta indispensable ir poniendo en armonía la concreción, formalmente inmutable, de la norma con la evolución, esencialmente indefinida, de su contenido histórico. Y para ello hay que buscar unas bases objetivas del orden jurídico, adaptables a cada época (un Derecho natural *de contenido variable*, a la manera de Stammler), y una interpretación eficaz, a base de analogía, conciencia jurídica colectiva y Derecho comparado.

Mérito sobresaliente de nuestro autor es haber mostrado el Derecho positivo como una materia infinitamente rica y compleja y haber intentado (con ayuda del método histórico) revelar cómo se compaginan el movimiento de la vida y la rigidez del precepto. Por eso en su teoría adquieren tan singular relieve la jurisprudencia, principal órgano de la delicada misión, y la doctrina, que sistematiza la marcha pretoria del Derecho jurisprudencial; pero ha de ser también la vanguardia que vaya delante de los Tribunales.

Todo ello, con arreglo a las direcciones generales que trazan los medios de interpretación, y acuñando, troquelando merced a procedimientos de técnica especial esos grandes movimientos de opinión, hasta convertirlos en moneda con poder liberatorio en la circulación jurídica. Aunque esquivando con especial cuidado una posible y peligrosa confusión entre "conceptos" y "realidades" y evitando abusos de la construcción jurídica, para mantener la jerarquía y coordinación de las diferentes esferas.

* * *

Se comprenderá, por tanto, sin esfuerzo la importancia que para Saleilles tenían los medios de interpretación, y entre ellos el Derecho comparado. Si la *analogía* ofrece el remedio para conservar la coherencia armónica esencial a todo sistema de Derecho positivo y la *conciencia jurídica colectiva* es el único recurso de que disponemos para establecer un criterio de apreciación moral que escape a la contingencia de las opiniones individuales, el *Derecho comparado* tiene a su cargo la misión de promover y asegurar el progreso de la interpretación del Derecho nacional.

Viene a ser el Derecho comparado un complemento de la Historia, pues ésta actúa a través de los tiempos y aquél se mueve a través de los pueblos que en el momento presente poseen una cierta cultura. No hay que confundir, por consiguiente, esta nueva disciplina con la Sociología, que se ocupa de la estructura y vida de las sociedades, ni

con la Historia comparada de las instituciones, que prefiere estudiar las civilizaciones primitivas y no persigue fines de utilización práctica inmediata.

Por lo demás, el Derecho comparado no es para Saleilles el mero estudio de un Derecho extranjero, sino que supone un previo examen y selección de aquellos Derechos típicos que ofrezcan interés para la investigación, un análisis concienzudo de los antecedente históricos y un conocimiento profundo del Derecho *vivo* (no sólo de los textos); después de todo lo cual, empieza propiamente la labor comparativa: contrastes y semejanzas, acaso coincidencias fundamentales bajo discrepancias aparentes.

Por este procedimiento cabe extraer un tipo ideal y relativo que marque una orientación y nos ofrezca casi el *Derecho común* históricamente ambicionable, o sea, al menos, un elemento subsidiario que venga en auxilio del Derecho patrio para suplir sus deficiencias. Sobre todo, el Derecho comparado, penetrando en el ámbito jurídico nacional por medio de la doctrina (la ley quizás y los Tribunales acaso), irá preparando la adaptación de este último a las nuevas ideas y a las nuevas reglas reveladas por la confrontación. De esta suerte, cabría mantener aquella certidumbre jurídica que es la primera garantía social, y no se llegaría al inadmisible estancamiento, o a la pobrísima cosecha que permiten los clásicos argumentos *a pari*, *a contrario* y *a fortiori*, recomendados por los antiguos comentaristas.

* * *

¿Qué Derechos extranjeros estudió preferentemente Saleilles? En no pocas ocasiones, el Derecho suizo, como también el italiano, y en ciertos casos el inglés, aparte otros de menor interés; pero el que mejor y más afanosamente constituyó el objeto de sus predilecciones y esfuerzos fué desde luego el alemán. La aparición del Código civil del Imperio, cuyo alcance y trascendencia le brinda un parangón con lo que representara el Código francés de 1804, fué motivo de trabajos profundos y sazonados por parte de nuestro autor. Baste citar sus escritos sobre el derecho al nombre individual, la capacidad, la ausencia, la condición jurídica de la mujer, el testamento ológrafo y los diversos estudios que dió a luz sobre la personalidad social.

Por algo fué encargado de una tarea importantísima al emprender el Comité de Legislación Extranjera la versión del Código civil alemán. Saleilles tradujo toda la parte general, la teoría de las obligaciones y los §§ 823 a 839, relativos a la responsabilidad delictual. A influjo suyo se debe en cierto modo la precisión y rigor en la terminología adoptada, y otro tanto cabe decir respecto a las notas que acompañan a la notable edición. Todo el volumen I es obra personal de nuestro autor, a cuya pluma se debe la magnífica "Introducción al estudio del Derecho civil alemán" que precede al texto (y cuyo mejor elogio queda hecho con indicar que mereció ser puesta en idioma alemán por persona de la competencia de Leonhard); con razón pudo Saleilles hablar, acaso inadvertidamente, y en ocasión confidencial y privada, del referido Cuerpo legal con la expresión cariñosa y elocuente de "*mi* Código civil alemán".

El nombre de Saleilles va, sin embargo, unido a otros dos libros, ambos fundamentales, y uno de ellos, sobre todo, magistral y admirable en grado sumo. Nos referimos a sus obras sobre "La declaración de voluntad" y "La teoría de la obligación". La primera de ellas, cuyo título exacto reza *La declaración de voluntad. Contribución al estudio del acto jurídico en el Cód. civ. alemán*, comprende un certero examen de los §§ 116 a 144, reviste un carácter más bien exegético y alcanza menor precisión doctrinal. Su tesis, no obstante, es altamente sugestiva y ha sido rica en consecuencias de toda índole, pues aún se advierte su influencia. La función del juez—piensa Saleilles—no ha de limitarse en la esfera contractual a una mera averigua-

ción de la voluntad de las partes. La voluntad, una vez declarada, no pertenece ya a la persona de quien emanó, sino que ha de responder a una cierta objetividad moral que sirva de garantía al público. El legislador fija las directivas; mas el juez tiene un papel independiente: es un árbitro que pesa la voluntad de los interesados; pero agregándole otros elementos tan primordiales como son las exigencias del crédito y la justicia social. La ley, los usos, las tendencias de la práctica darán al juez la medida de lo necesario; él podrá, desde luego, con tales antecedentes, apreciar el alcance objetivo de la declaración e imponerlo a las mismas partes litigantes; el juez, en una palabra, ha de *individualizar el caso objetivamente.*

El libro cumbre de nuestro autor es, para no pocos tratadistas, el *Estudio sobre la teoría general de la obligación según el primer proyecto de Código civil alemán,* obra cuya segunda edición, publicada ya después de haber entrado en vigor dicho Cuerpo legal, mantiene substancialmente el primitivo texto, sin más que ligeras referencias a los cambios introducidos en su articulado, lo cual revela bien a las claras el verdadero fondo doctrinal del trabajo. Su tesis, por lo demás, no puede ser más interesante ni más fecunda en resultados: la obligación debe objetivarse; hay en ella un valor económico, que es independiente muchas veces de las condiciones personales del deudor, y que ni siquiera exige de momento un acreedor, pudiendo éste por lo pronto quedar latente. De estas premisas, fácil es deducir conclusiones fértiles en resonancia: la posibilidad de movilizar las obligaciones mediante una auténtica cesión de deudas; la aparición de compromisos simplemente unilaterales; facilidades para los contratos a favor de tercero; una explicación satisfactoria de los títulos al portador (en los cuales la obligación no se contrae con respecto *al primer tenedor,* sino con *uno cualquiera,* y por ello no hay que fingir renuncias por el deudor a una posible compensación), etc., etc. Como se ve, toda esta con-

cepción redundaba en ventaja del comercio jurídico, ampliando la circulación de las obligaciones y reforzando con diversos medios la posición del acreedor. Ello comprueba, una vez más, el sentido realista de nuestro autor y su huella inmensa en el Derecho privado, aun cuando en el Prefacio de esta última obra pretendiera, modestamente, explicar que su propósito se había limitado a trazar una síntesis algo detallada de las concepciones germánicas.

* * *

Para completar en lo posible el cuadro de los problemas estudiados por Saleilles, nos restan por tratar su teoría de la persona social y sus ideas sobre la posesión; dejando éstas para el final, con objeto de que preparen al lector para los trabajos que en el presente volumen se recogen, digamos ahora algo sobre la cuestión primeramente enunciada.

Incidentalmente hemos ido señalando las distintas monografías que nuestro autor consagrara a este tema, respecto al cual tienen de muy atrás pendiente una *actio finium regundorum* el Derecho público y el privado. La obra fundamental de Saleilles no está, sin embargo, en sus trabajos sobre las fundaciones ni en el análisis a que repetidas veces somete la idea de la “mano común”, ni en investigaciones fragmentarias. Su aportación de conjunto aparece concretada en su admirable libro sobre *La personalidad jurídica,* publicado en 1910, y que conserva, pese a retoques y modificaciones, toda la lozanía y espontaneidad de su origen académico, como fruto que es de las lecciones profesadas en un curso del doctorado.

En esta obra va examinando Saleilles las doctrinas contrarias al espíritu de asociación, consagra luego una extensa sección al aspecto histórico, expone a continuación las diversas teorías y acaba defendiendo su propia concepción. Respecto a la teoría de la *ficción,* hace notar que en

Roma no reviste carácter extremado, sino al contrario, muy asequible a la tesis misma de la *realidad;* habiendo venido las exageraciones en este punto como consecuencia de simplificaciones excesivas en el concepto francés de la corporación, recogidas por Savigny y su escuela. La teoría de la ficción merece enérgica repulsa al insigne maestro, siendo decisiva la refutación que de ella hace. Más ficción que nada es, a su juicio, no admitir ni ver sino personas individuales. Asimismo rechaza las *doctrinas que niegan la personalidad* del todo, apreciando únicamente las de los componentes y cristalizando el ente social en su patrimonio; como si éste no fuera siempre lo accesorio... O como si los beneficiarios de una fundación pudieran reputarse condueños de sus bienes... La tesis grata a Saleilles es la de la *realidad de la persona social,* pero no en cuanto organismo, ni siquiera en cuanto voluntad colectiva (criterio que en un principio había aceptado), sino por entender que hay personalidad tan pronto como nos encontramos con un ser organizado jurídicamente y al que haya posibilidad de investir de una potestad que constituya derecho subjetivo. Lo esencial es, pues, una organización puesta al servicio de ciertos intereses determinados, con un fin lícito y una voluntad que procure su realización.

* * *

Aparte de su monografía sobre la *controversia possessionis* y la *vis ex conventu,* los estudios de Saleilles sobre la posesión—materia poco tratada en Francia, y que para él revestía suma trascendencia—están condensados en dos trabajos breves y en la obra que a continuación traducimos, aunque cabría citar otros escritos suyos acerca del tema, incluso su misma tesis doctoral, en que ya revela su interés por la "posesión de muebles en Derecho romano".

Los dos trabajos breves versan sobre *Los elementos constitutivos de la posesión* y *La teoría posesoria del Código*

civil alemán, habiéndose publicado, respectivamente, en la *Revue bourguignonne* (1893 y 1894), y en la *Revue critique de lég. et jur.* (años 1903 y 1904), y estando recogidos en la edición española del volumen titulado *La Posesión. Elementos que la constituyen y su sistema en el Código civil del Imperio alemán.* Madrid, Suárez, 1909.

Ya en dichos estudios aparecen los rasgos característicos de la concepción defendida por Saleilles, siquiera sus ideas hubieran sufrido leve cambio en el período que media entre ambos trabajos. Sabido es que de los elementos integrantes de la posesión, *corpus* y *animus,* ha sido el segundo el que más discusiones motivara. Los glosadores exigían para la existencia del *corpus* el contacto directo y material con el objeto poseído. Savigny demostró que los romanos se contentaban con la mera *posibilidad* de ejercer potestad sobre la cosa. Jhering, reaccionando briosamente, sostiene que ni el contacto permanente con la cosa ni la posibilidad de efectuarlo son lo característico de la posesión; ésta no es sino la *apariencia del derecho de propiedad* y resulta de la realización, por el poseedor, de aquellos actos materiales que sirven ordinariamente al propietario para ejercitar su dominio. Saleilles estima que el centro de gravedad no radica en la *apropiación jurídica,* sino en la *económica.*

Y en cuanto al *animus,* fuente principal de discordias, como hemos dicho, Savigny lo define como voluntad por parte del poseedor de tratar la cosa como si le perteneciera; pero llevado por la necesidad de amoldarse a los textos, admite, además de este *animus domini,* un *animus possidendi* (acreedor prendario, precarista) y un *animus detinendi* (arrendatario que sólo puede pretender el disfrute de la cosa, etc.). Jhering no acepta sino una clase de *animus,* consistente en la intención de detentar o explotar el objeto, y que se da en todos los que tienen el *corpus* (salvo disposición legal en contrario); es, por tanto un *animus* "objetivo", por cuanto se supone existente, o no, por ministerio de la ley, con independencia de la voluntad del

poseedor, y teniendo en cuenta solamente la naturaleza jurídica del acto o relación. Incluso admite Jhering que en ciertos casos se puede poseer y usucapir sin voluntad alguna ni intención de actuar el *corpus*. Saleilles, en quien el influjo de Jhering es potente y notorio, reconoce el carácter objetivo del *animus (causa* originaria de la relación y no mera *voluntad individual);* pero se niega a confundir *posesión* y *detentación*, reservando a los jurisconsultos y no a la ley la tarea de fijar la intención que radica en el *animus*.

Y si esto cabe decir con respecto a Roma, en relación a la teoría general de nuestro autor, puede afirmarse que desde un principio defendió una noción amplísima del *corpus*, y poniéndose frente a la tradición francesa, rechazó el *animus*, porque de lo contrario se entraba en un círculo de hierro que impedía admitir posesión a favor de quienes hubieran reconocido la propiedad ajena sobre el objeto. ¿Quiere esto decir que baste la simple adscripción económica de la cosa, su utilización, un *corpus* a base de apropiación económica? En manera alguna; hay una cierta voluntad (que se va en algún modo atenuando en la concepción de Saleilles), que consiste en la "realización consciente y querida de la apropiación económica del objeto", dice en 1893. Posteriormente, se afilia a la tesis objetiva, que expone en el primero de los Estudios comprendidos en el presente volumen.

En él define la teoría objetiva alemana, que ha substituído el aspecto jurídico por el económico; la apropiación individual responde a convenjencias sociales, y merece por ello protección. No se requiere siquiera un *animus possidendi:* basta con un hecho personal que corresponda a lo que sería una potestad efectiva y normal sobre la cosa. No hay diferencias entre *detentación* y *posesión* (excluyendo, claro está, al criado o mero instrumento posesorio). La única complicación surge por la coexistencia de un poseedor *mediato* (dueño, por ejemplo) y otro *inmediato* (v. gr., el

arrendatario). Pero debe predominar el carácter social de esta doctrina. La relación aparente que liga al individuo con la cosa, y es conforme con el destino de ésta, debe ser protegida en sí misma *como un elemento del orden social* y con independencia de lo que los interesados hubieran pensado o querido respecto al particular. Saleilles cree que debe otorgarse la defensa jurídica incluso a los meros detentadores subordinados.

El segundo Estudio proyecta luz extraordinaria sobre la fórmula, algo enigmática, que consignara el art. 2.279 del Código civil francés (y transcribe substancialmente el 464 del nuestro), motivo de grandes dificultades teóricas y prácticas. Al hacer que la posesión de bienes muebles equivalga al título, estima Saleilles que se engloban dos cuestiones distintas, no bien separadas por la doctrina, a saber: la de la reivindicación mobiliaria y la referente a la prueba en caso de reivindicación; la buena fe como elemento único y suficiente para la adquisición, y la presunción de título que la posesión entraña en materia de prueba. La jurisprudencia francesa ha descartado los peligros del precepto mediante la estratagema de declarar "equívoca" en ciertos casos la posesión. Pero es que de los dos aspectos confundidos en la regla legal, la jurisprudencia da predominio a uno, y la doctrina ha mostrado sus preferencias por el otro; una prudente combinación de ambas tendencias produciría un sistema claro y sencillo.

Por último, el tercer Estudio analiza la acción real que al poseedor corresponde contra los adquirentes de mala fe o contra los que, aun obrando de buena fe, han adquirido con ocasión de pérdida involuntaria del objeto. El interés práctico de este recurso consiste en dispensar de prueba al propietario, proteger al poseedor que no pudiera reivindicar el dominio y otorgar, en suma, una solución de defensa legal a personas que en otro caso quedarían desamparadas. Ante las inevitables dificultades que trae consigo la complicada técnica alemana, Saleilles se pronuncia acer-

tadamente por el régimen suizo, en el cual se refunden las dos formas de reivindicación (la dominical y la meramente posesoria), evitando inútiles conflictos.

* * *

El lector español podrá directamente apreciar todo el vigor y profundidad que, como ha dicho Tissier, encierran estos estudios de Saleilles. Nuestra misión queda terminada con el incompleto resumen que dejamos esbozado. No estará de más, sin embargo, advertir que si en algún momento se resiente la obra de nuestro autor de los defectos que le han sido imputados (matización excesiva, alambicada expresión, germanismo acentuado en sus teorías), en compensación ofrece concepciones de una asombrosa vitalidad, de intensa penetración y de fuerza innovadora fecundísima. Aparte de que no siempre suelen ir unidas la tumultuosa vida de una corriente fuerte y la limpidez de sus aguas; ni es lícito desconocer que en la obra de Saleilles pudieran hallarse páginas de una belleza y colorido insuperables; como tampoco debe censurarse la delicada finura de análisis en el maestro por el temor de que degenere y sea peligrosa en los discípulos... Y en cuanto al reproche de germanismo, baste decir que no pocas veces se citaba a Saleilles como uno de los más genuinos representantes de la escuela francesa.

En todo caso, recuérdese la divisa que era grata al insigne jurista y que simboliza su ansia constante de superación: *Excelsior!* Y piénsese en la forma cómo su salud le obligó a trabajar: *pressé d'aboutir*, ha podido decir Meynial, porque, en efecto, armonizando su afán de acometer nobles empresas con lo precario de su vigor físico, se le veía siempre "anhelante en sus tareas, como si hubiera sentido cuán parsimoniosamente había de otorgársele el tiempo necesario para realizarlas".

REVISTA DE DERECHO PRIVADO.

Observaciones preliminares

1.ª Para mantener la debida separación, las concordancias españolas irán siempre en notas precedidas de un asterisco y comprendidas entre corchetes.

2.ª A fin de facilitar al lector el exacto conocimiento de los textos legales que el autor expone y comenta, se ha incluído al final de la presente edición española un apéndice en que van traducidos los artículos del Código civil francés y párrafos del alemán citados en la obra.

3.ª Los preceptos legales franceses se designan con el nombre de artículos; en cambio, los del Código civil alemán van precedidos de la mera indicación de párrafo (§). Con esto basta para que, respetando el original, y con ahorro de repeticiones innecesarias, sepa en todo caso a qué atenerse el lector español. Los escasos textos legales de otros Códigos extranjeros llevarán indicación completa que evite todo error o duda.

Prólogo

Los tres estudios siguientes constituyen en parte extractos de un curso de Derecho civil comparado que profesé en la Facultad de Derecho de París durante el curso de 1905 a 1906; no será difícil observar en ellos repeticiones y razonamientos un tanto dispersos, según lo iba exigiendo el curso de las explicaciones; pero el agruparlos y organizarlos con un plan metódico hubiera exigido una reconstrucción que acaso les hubiera privado un poco de su carácter. Además, en una materia en que son aún numerosas las soluciones vagas, discutidas y todavía en aquella época no previstas ni sometidas a controversia, acaso hubiera parecido demasiada presunción, sobre todo refiriéndose a un derecho extranjero, emplear la forma de un tratado didáctico, en que hay que proceder mediante afirmaciones un tanto rotundas.

A pesar de ciertos e inevitables vicios de método, no había otro remedio que mantener en estos ensayos la forma adecuada a los tanteos y aun a las indecisiones que en casos semejantes impone una mediana discreción.

También podrá observarse que el título alude sólo a la posesión de los muebles, y que, sin embargo, el primero de estos tres estudios es de carácter general completamente y aplicable a cuanto puede ser objeto de posesión, sean muebles o inmuebles; pero si en principio es así, supuesto el asunto tratado en él, en la práctica reconoceremos con facilidad que el mismo no puede en manera alguna recaer

más que sobre objetos muebles, y que para ellos únicamente tiene aplicación usual. A esto se debe que como los dos trabajos siguientes se circunscriben necesariamente a la materia mobiliaria, para mayor unidad del conjunto haya creído deber elegir un título que sólo comprendiese esta especialidad, puesto que, a lo menos en orden a las aplicaciones prácticas, era lo único que se hallaba planteado en primer término.

Tal es la preocupación que me guió en esta serie de estudios y en el campo del Derecho comparado, en previsión sobre todo de reformas legislativas que pudieran realizarse entre nosotros. No cabe duda que sobre la materia de posesión, así de muebles como de inmuebles, tenemos que llegar a una modificación completa de ideas; y a semejanza de lo que ha ocurrido en Derecho alemán habrá que organizar la protección posesoria de los detentadores de inmuebles que no poseen por sí, sino por otro. Pero hoy día son tan conocidas todas estas teorías que no he querido insistir ahora sobre ellas. En cambio, a lo menos en la jurisprudencia francesa e incluso en el orden de las ideas que pueden inspirar reformas, reina gran confusión acerca de los medios protectores de la posesión mobiliaria, y más todavía y en sentido inverso, acerca de las formas de garantizar la de los muebles a los adquirentes de buena fe.

Materia es ésta de suma complejidad y sobre la cual aparecen tendencias contradictorias, influídas unas por el absoluto respeto a la idea de propiedad e inspiradas otras en el propósito de sacrificarlo todo ante las exigencias del crédito. Podía, por tanto, ser utilísimo estudiar de cerca cómo una legislación reciente y con ella los proyectos de codificación basados en la misma, han podido dar satisfacción a todos los intereses en pugna.

Y éste ha sido mi norte y guía en semejante estudio y por ello he tenido constantemente a la vista nuestro Derecho tradicional, con el fin de ayudar a la solución de las controversias actuales que él suscita, y a la elaboración

de las fórmulas progresivas que reclama. Y me permito esperar que estas investigaciones, un tanto de matiz y delicadas, quizás sirvan para la doble tarea de simplificar la jurisprudencia, si por acaso se retrasara la revisión de nuestro Código civil, y singularmente, ponernos a tono con el progreso legislativo, si es que esta gran reforma de nuestro Derecho privado se ha rematar en fecha próxima.

R. SALEILLES.

Gigny, par Beaune (Côte-d'Or), 9 de septiembre de 1906.

Estudios de Derecho alemán y Derecho francés comparados

I

Teoría objetiva de la posesión

1. *La orientación de la corriente legislativa.*—Si examinamos con escrupulosidad las últimas corrientes legislativas acerca de la teoría de la posesión, observaremos el triunfo definitivo, en la legislación y en el Derecho comparado, del concepto objetivo que merced al influjo de JHERING prevaleció en el campo de la doctrina.

No me refiero con esto al Código civil japonés, concluído demasiado pronto, acaso algunos años antes de lo debido, y que por esto mismo está calcado en el primer proyecto del Código civil alemán; por ello, el artículo 180 de aquél, como lo hacía éste, exige un factor esencialmente subjetivo como característica esencial para adquirir la posesión. Es necesario para esto, no sólo detentar materialmente, el equivalente al *corpus* antiguo de los romanistas, sino, además, intención en el detentador de servirse de la cosa en su interés personal, o sea el *animus* de la escuela clásica, un tanto ampliado, pues ya no es aquel *animus domini* vaciado en los moldes estrechos de la propiedad, sino un *animus possidendi* consistente sólo en el ejercicio de un señorío personal sobre la cosa. Aun cuando no dejaban de subsistir en este concepto de la posesión los dos elementos tradicionales, uno de ellos puramente intencional, era una teoría esencialmente subjetiva a la manera clásica.

El Código civil alemán y el proyecto de Código civil

húngaro, que en este punto lo copia textualmente, exigen como condición única para adquirir la posesión en principio, la de que se ejerza una verdadera potestad de hecho sobre la cosa, en provecho del interesado; sin agregar nada de que para reconocérsele al titular el carácter de poseedor necesite ser conscio este señorío material de la cosa, ni menos aún haya de tener aquél la voluntad de ejercerla.

Con la sola excepción de ENDEMANN, los primeros comentaristas del Código civil alemán o del proyecto segundo, que es el que sin modificaciones se convirtió en ley, llegaron a la conclusión de que desde aquel punto y hora el nuevo concepto de la posesión quedaba libre de toda condición subjetiva, como tal condición esencial y distinta, superpuesta a la idea de señorío efectivo. Tal fué la opinión de BEKKER, de STROHAL, de PLANCK (1), y la que yo seguí en la sucinta exposición que algunos años ha hice de la nueva teoría alemana de la posesión (2).

2. *El proyecto de Código civil suizo.*—Finalmente, el nuevo proyecto de Código civil suizo que discuten ahora las Cámaras federales (*), parece que sigue, en este punto a lo menos, al Código alemán. Y aun cuando aparentemente difiere del texto de éste en lo relativo a la reglamentación de la potestad material, y a las reservas que implica en materia de detentación dependiente o subordinada, no obstante, al definir la posesión y enumerar sus elementos originarios, para nada habla, como tampoco lo hace el Código alemán, de la necesidad de un elemento intencional. Por lo tanto, cabrá clasificarlo desde este punto de vista, al igual del Código alemán, entre los que sancionan una teoría puramente objetiva de la posesión.

(1) Desde esa época ya hay que exceptuar a ENDEMANN; la primera edición de su *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, publicada con el nombre de *Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs* (los dos primeros volúmenes a lo menos), databa, por lo que se refiere a la primera parte del tomo segundo *(Zweiter Band-Erster Theil)*, del año 1898. Véase en este tomo II el § 37 *(Besitzwille: voluntad posesoria)*.

(2) SALEILLES en la *Revue critique*, 1903, pág. 592 y siguientes, y 1904, pág. 33 y siguientes. Estos artículos se publicaron en la obra del mismo autor *La Posesión*, traducción española por J. María Navarro de Palencia, Madrid, Suárez, 1909.

(*) [Escribía esto SALEILLES en 1906. Con posterioridad (en 10 de diciembre de 1907) fué aprobado el proyecto de Código civil suizo que ha entrado en vigor el 1.º de enero de 1912.]

Y sin embargo, estas conclusiones tan claras, tan sólidamente apoyadas en los textos, han hallado en esta última época nuevos contradictores.

Jurisconsultos alemanes eminentes, maestros como el profesor de Berlín OTTO V. GIERKE, rechazan la idea de un concepto puramente objetivo de la posesión (1); y a otros, como a COSACK (2), se los cataloga en este sector aun cuando en el fondo no sea difícil apreciar en esta inclusión un equívoco y una falsa interpretación que deben quedar desvanecidos.

Igualmente, al proyecto suizo se le ha querido someter, en forma un poco prematura, a procedimientos de interpretación análoga algo atrevidos. En su precioso libro acerca de la posesión, y al interpretar el texto oficial, con arreglo a cierta afirmación del profesor HUBER en la Exposición de motivos, cree CORNIL a su vez que puede colocar al nuevo proyecto suizo entre las legislaciones que conservan todavía la idea de la necesidad esencial de un elemento subjetivo en la posesión (3).

3. *Cuestiones previas que importa examinar. Razón de plan.*—Hay necesidad de protestar contra estas tendencias nuevas que no son otra cosa que una regresión al arcaísmo tradicional.

Aun a riesgo de repetirse un tanto, hay que examinar primeramente dos cuestiones previas antes de demostrar los puntos de oposición entre las dos teorías, si es que queremos exponer con exactitud su doble interés doctrinal y práctico. En primer término, hay que analizar nuevamen-

(1) GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. II, § 114, págs. 212-213.
(2) COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, pág. 60 y siguiente, § 185, pág. 76 y siguiente, § 188.
(3) CORNIL, *Traité de la possession*, 1905, pág. 88, n. 1.

te el concepto realista de la posesión del Código alemán y del proyecto suizo; esto es, la posesión entendida como una simple potestad material sobre la cosa; e inmediatamente y tomándola como fundamento, indicar con precisión sobre qué extremos en orden a los intereses prácticos e hipótesis comunes llegan a coincidir ambas teorías, la objetiva y la subjetiva, y a admitir las mismas soluciones.

Y así despejado el terreno será fácil observar en qué difieren, y, por consiguiente, darnos cuenta del interés práctico que puede haber en dar la preferencia a una u otra.

Tal es el fundamento de la triple división que va a seguirse en este modesto y sencillo estudio.

4. *La detentación dependiente o subordinada.*—Sabido es que el Código civil alemán, aun cuando en principio asimile *posesión* y *detentación* en nombre ajeno, no las equipara, sin embargo, por completo, ni siquiera en cuanto a los medios de defensa posesoria. Con arreglo al § 855, subsisten casos de tenencia material en los que el detentador puede hacer con la cosa lo que le parezca, incluso destruírla, y no obstante, no se califica de *posesión* a esta simple *detentación;* pueden llamarse a éstos *casos de detentación dependiente o subordinada;* y su estudio y análisis es lo que únicamente puede conducirnos a penetrar lo que sea esa potestad material que por sí misma constituye el factor único de la posesión, según el § 854 del propio Código civil alemán (*).

(*) [Muy diferente de la concepción que de la posesión tiene el Código civil alemán es la de nuestro Código español, amalgama de diversos y contradictorios sistemas. Descansa su doctrina en la distinción de dos clases de posesión: la *natural*, que es el género, y la *civil*, que es la especie. La primera es toda detentación, y no requiere más que el elemento corporal *(corpus)*, que el Código llama "tenencia" o "disfrute", según se trate de cosas o derechos. La segunda requiere la concurrencia del *corpus* (tenencia o disfrute) y el *animus* (intención de haber la cosa o derecho como propio). Se inspira, en parte, esta teoría en la *subjetiva* de SAVIGNY, de la cual se ha tomado la exigencia del doble elemento *animus* y *corpus*. Pero no acepta el Código íntegramente la concepción savigniana, pues en ésta el *animus* es elemento característico de toda posesión (no siendo la detentación posesión a los efectos jurídicos), mientras que en nuestro Código el *animus* sólo caracteriza el grado superior de la posesión, y la posesión natural es posesión jurídica, hasta el punto de estar protegida por los interdictos.

En definitiva, resulta que, para los efectos de la defensa posesoria, nuestro Derecho llega a una identificación entre la detentación y la posesión, mucho más radical y absoluta que la que realiza el Código alemán, pues concede las acciones posesorias (dado el sentido amplio de los artículos 446 del C. c. y 1.651 de la ley de Enjuiciamiento civil) lo mismo a la posesión en nombre propio que en nombre ajeno, y tanto a la posesión civil como a la posesión natural o simple tenencia. Así fué confirmado por el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de abril de 1884.

El Código argentino se atiene con más fidelidad a la concepción del Derecho romano y de SAVIGNY. Distingue entre detentación y posesión y limita la concesión de las acciones posesorias a la posesión *animo domini*. "La posesión para dar derecho a las acciones posesorias—dice el artículo 2.479—no debe ser precaria, sino a título de propietario."

El Código de Chile concede la acciones posesorias, para conservar o recuperar la posesión, sólo al poseedor con ánimo de dueño (artículos 916 y 918, en relación con el 700); pero establece una protección posesoria de segundo grado y más general, al disponer que "todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia y que por poseer a nombre de otros, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera no pudiese instaurar acción posesoria, tendrá, sin embargo, derecho para que se restablezcan las cosas en el estado que antes se hallaran, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior" (art. 928). Reproducen esta disposición el Código del Ecuador (art. 919) y el del Uruguay (art. 669).]

Por eso conviene que antes hagamos un análisis más detenido del § 855 (1).

Este precepto no da una definición técnica, sino que presenta algunos ejemplos y concluye con una regla general; los ejemplos son dos: el caso de los criados y el de los empleados en la industria y el comercio. De ellos puede decirse que son solamente instrumentos de posesión respecto a las cosas entregadas por sus amos o patronos; que están al servicio de la posesión de otro; que son lo que BEKKER

(1) ENDEMANN, en su *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. II, § 33, analiza sutilísimamente esta relación de detentación dependiente y subordinada.

llamó "servidores o empleados de la posesión" *Besitzdiener;* y ENDEMANN (t. II, § 33) "gerentes de la posesión", *Besitzhalter.* Todo esto viene a parar a que son *instrumentos* de la posesión; instrumentos indudablemente inteligentes, pero instrumentos al fin y al cabo. El citado § 855, después de indicar estas dos categorías, incluye en ellas, como regla general, a cuantos encontrándose en una situación análoga, deben atenerse a las instrucciones de otro con respecto a las cosas que ellos detentan.

Ante todo, nótese que si el detentador debe acatar instrucciones ajenas, lo ha de hacer a consecuencia de una relación jurídica, de carácter contractual lo más verosímilmente, la cual relación determina y fija la situación de aquél respecto de la cosa. La prueba de ello nos la ofrece el hecho, por nadie discutido ya, de que para apreciar si hay o no señorío material y, por consiguiente, si la posesión existe o no, no hay que atenerse a un examen superficial de las cosas y limitarse a observar la relación actual y momentánea del hombre con los objetos que están en su poder; sino que hay que tomar esta relación compleja e íntegra por lo que es, no real y jurídicamente, sino aparentemente y por el juicio que acerca de ella tienen los extraños. La opinión ajena, para juzgar de la situación externa que revela la relación entre el sujeto y la cosa detentada por él, se remonta todo lo posible, ya que no al título jurídico inicial, que es desconocido para el público, a la causa aparente y confesada de la toma de posesión, tal cual es revelada por la posición que ha adoptado el detentador frente a la cosa. En toda persona y respecto a toda cosa colocada bajo su potestad material, hay una relación o, si lo preferimos, una situación económica y social que en cuestiones de disfrute de bienes corporales constituye para el público lo que en materia de relaciones familiares viene a ser la posesión de estado. Esta relación de carácter social toma en consideración todos los elementos que se revelan al exterior, y muy especialmente los elemen-

tos de carácter jurídico cuya apariencia revisten. Por eso, para poder determinar si el detentador está sujeto a instrucciones ajenas, hay que referirse y considerar, como lo hace por lo demás la opinión general, la situación jurídica que exterioriza con relación a la cosa de que dispone.

5. *La detentación subordinada no se caracteriza únicamente por el contrato.*—Mas por otra parte nos encontramos con una cuestión importante que conviene esclarecer, a saber: que la detentación por otro (subordinada) del Código civil alemán no la caracteriza única y rigurosamente el contrato que la engendra; no es éste como tal, ni el título jurídico lo que da a la posesión su carácter de mera detentación. Y si, por ejemplo, dijéramos en materia de mandato, que, por tratarse de éste, el mandatario está obligado a seguir las instrucciones del mandante, y por tanto, jamás aquél será más que un detentador subordinado, a tenor del § 855, no seríamos exactos, porque hay en el texto otro elemento que debe ser tomado en consideración. El precepto citado últimamente no expresa sólo que el detentador ha de hallarse en situación de obedecer instrucciones ajenas; añade que debe encontrarse en situación análoga a la de los dos ejemplos que trae anteriormente; esto es, domésticos y empleados en la industria o el comercio.

Por consiguiente, lo que determina y fija el carácter de la posesión no es el título jurídico y sus caracteres abstractos; es la analogía misma de estado jurídico con las relaciones de derecho que se derivan del contrato de empleo o de arrendamiento de servicios. De suerte que no cabe decir, que todo mandato, por serlo, no engendra más que una simple detentación; los hay, y esto será lo común, que producen verdadera posesión, y habrá otros que sólo producirán la detentación. Lo mismo ocurre con el depósito. De suerte que no cabe afirmar que un determinado contrato engendrará posesión y otro detentación. Esto equivaldría a volver, aunque en otra forma, a la antigua

teoría del *animus* jurídico, sólo que en vez de exigir de la voluntad posesoria que sea la afirmación del derecho de propiedad, se exigiría que fuese el reconocimiento de un título jurídico contractual catalogado y determinado de una manera precisa.

Sé perfectamente el agrado que esta opinión intermedia habrá producido entre los jurisconsultos que gustan de las categorías cerradas y rotundas. La teoría del Código alemán fué tachada de vaguedad y de abandonarse en manos del juzgador, que es, en esto como en todo, quien ha de comprobar y observar los conceptos ambientes y atenerse a su evolución. Unas veces el depósito engendrará detentadores subordinados y otras poseedores reputados independientes; y quién sabe si, conforme a las costumbres sociales, habrá países en que lo mismo se pueda decir de los arrendatarios. Por ejemplo, el alquiler de una casa amueblada, "en ciertos países y conforme a las costumbres" (en Inglaterra no hace tanto tiempo que existía esta práctica), sólo simples detentadores pudiera engendrar. De primera impresión acaso sorprenda un poco este sistema vago y se pregunte, como han preguntado algunos, por qué no referirse al contrato como tal y decir, verbigracia, que el mandato confiere siempre una mera detentación dependiente, o, por lo menos, subordinada con claridad a las instrucciones de otro. Y con mayor motivo podía decirse lo mismo del depósito, que acaso sea el más caracterizado tipo de contrato generador de la relación de dependencia y subordinación; por cuanto el depositario carece de derecho para usar la cosa y debe restituirla a la primera intimación.

Y, sin embargo, no cabe duda de que tanto el mandato como el depósito comunes otorgan una verdadera posesión, con arreglo al nuevo Derecho alemán. El fundamento de esto no está sólo en que el mandatario, como el depositario, tengan personalidad, respecto a terceros, para defender *motu proprio* las cosas que detentan, actuando en su

nombre, en vez de no poder hacerlo sino en nombre ajeno. Está bastante asegurada su responsabilidad para que pueda reconocérseles el derecho a accionar por sí; y aquellos de quienes emana esta potestad les conceden una iniciativa bastante amplia para que se les reconozca este derecho, con tanto más motivo cuanto que el interés de aquéllos es el primero en exigirlo así. Pero hay, además, otro fundamento que se apoya en su situación, no ya frente a terceros, sino con respecto al poseedor mismo de la cosa cuyo señorío material ejercen, a saber: que si bien están sometidos a las instrucciones y requerimientos del dueño del objeto, no están obligados a devolverlo, por lo común al menos, más que con arreglo a las condiciones del contrato y el dueño carece de derecho respecto a aquéllos, como respecto al inquilino, para que se le restituya violentamente la cosa entregada, o para apoderarse a viva fuerza de ella, allanando, por ejemplo, el domicilio.

6. *Los medios de defensa posesoria utilizables por los detentadores subordinados.*—Para que nos demos ahora cuenta de las tendencias que más o menos han de abrirse paso y dominar en la interpretación del § 855 del Código civil alemán, nos parece casi indispensable que tratemos de investigar, como vamos a hacerlo ahora por vía de paréntesis, el interés práctico que hay en distinguir *posesión y detentación*; y por tanto, cuál sea prácticamente la posición del detentador simple.

Bien se trate de muebles o inmuebles, el Código alemán otorga a la posesión verdadera tres procedimientos para su defensa, a saber: primero, la justicia personal o defensa privada, bajo ciertas condiciones especiales, y, además, las dos acciones posesorias tradicionales de retener y recobrar.

Por lo demás, estos tres medios de protección posesoria se reconocen contra todo el mundo, no sólo contra los terceros propiamente dichos, sino contra aquel mismo de quien procede la posesión. Por ello, como en el Derecho alemán el

arrendatario, por ejemplo, es un verdadero poseedor, en el sentido jurídico de la palabra, puede rechazar por la fuerza cualquier tentativa que el mismo arrendador haga para perturbar el disfrute o recuperar la cosa; puede, asimismo, intentar contra éste en su caso las acciones posesorias, obligando así al arrendador a ejercitar, a su vez, la acción personal procedente del contrato. Los detentadores por otro o subordinados, como carecen de posesión, no pueden ejercitar por sí mismos contra nadie, ni siquiera aun contra los terceros, las acciones posesorias; sólo pueden hacerlo contra éstos últimos en concepto de mandatarios; sólo aquéllos a quienes éstos sirven de instrumentos para la posesión, o sea los verdaderos poseedores, deben tener el derecho y la responsabilidad de ejercitar las acciones correspondientes.

7. *La defensa privada.*—Ocupémonos ahora del aspecto verdaderamente interesante que ofrece el derecho de defensa privada y justicia personal. Parecía natural que como los detentadores subordinados carecen de posesión, se les privara de ejercitar los derechos especiales de propia defensa que se conceden al poseedor, como tal, y que quedaran sometidos en este respecto a los principios generales de los §§ 227 y 229 del Código, como todos los meros detentadores que carecen de posesión y, por tanto, no están incluídos entre los detentadores subordinados del § 855. De ello hubiera resultado que a estos detentadores subordinados se les permitiría el derecho de legítima defensa contra terceros, reconocido y condicionado por el § 227, o sea el uso de fuerza material adecuada y limitada al solo efecto de defender la cosa que tienen confiada; y aun en el caso de que no peligrasen la existencia o integridad material de la cosa, aquel derecho les correspondería únicamente para defender la simple relación posesoria del dueño de la cosa. Y, en cambio, respecto a este último, no cabe duda de que carecerían completamente de medios de defensa. Estas condiciones, tal cual se desprenden del principio general del § 227, son, además, casi iguales a las reconocidas por el § 859 para la defensa legítima que puede ejercitar el poseedor en cuanto tal. Las condiciones de ejercicio de este derecho de justicia personal en el Derecho común y en el especial de la posesión difieren poco; el § 229 exige una condición suplementaria suprimida en el 859 cuando se trata del poseedor. Con arreglo al principio general, para recuperar por la fuerza la cosa arrebatada es necesario hacerlo en el acto, requisito exigido también por el § 859, y, además, que ofrezca peligro la pérdida de tiempo necesaria para buscar la intervención de la autoridad: esta segunda condición no es exigida en el caso del verdadero poseedor por el § 859. Esta distinción se hará notar singularmente en materia de inmuebles; tratándose de bienes muebles, casi siempre existe el peligro de no dar con el autor de la sustracción, o de no hallar en su poder el objeto sustraído, si la víctima no emprende por sí misma en el acto la persecución. Claro está que estos medios de defensa no los otorga la ley más que contra los terceros y para la defensa de la posesión ajena; pero nunca contra el dueño de quien depende la cosa. El detentador no puede contra éste defender intereses que sólo a él mismo le competen, y respecto a los que personalmente pudieran competerle no tiene posesión ni derecho alguno que defender. El no tiene derecho alguno sobre la cosa que el dueño le confiara y que el propio amo desea recuperar, en su caso, mediante la violencia: carece, por tanto, de derecho para emplear, a su vez, esta fuerza, salvo si el dueño de la cosa atentara contra su persona, pues entonces, al amparo del § 227, y dentro de lo estatuído por éste, le sería permitido defenderse en tal concepto en la medida indispensable.

8. *El ejercicio de la defensa privada por parte de los detentadores subordinados.*—Esta hubiera sido la posición de los detentadores subordinados, que así hubieran únicamente dispuesto de los principios generales de los §§ 227 y 229; sin embargo, hubo de parecer que esta posición ju-

rídica era deficiente incluso para la protección de los intereses del dueño; y el § 860 les reconoció expresamente facultad para ejercitar los derechos que corresponden al dueño con arreglo a lo prevenido en el § 859; que ésta viene a ser aproximadamente la fórmula del texto. Ella nos muestra claramente que el reconocerles el derecho de defensa privada no modifica la posición de estos detentadores respecto al dueño; porque este acrecimiento de facultades protectoras no se les discierne por su propia autoridad para proteger la relación de hecho que personalmente les incumba y defender su propia tenencia; se les concede como ejercicio de un derecho perteneciente al dueño y para defender únicamente la posesión de éste, lo cual supone desde luego que el derecho se ejercita con ocasión de un ataque dirigido por un tercero contra la posesión correspondiente al propietario; y, en efecto, sólo entonces poseería el dueño los derechos que en tal concepto se atribuyen a las personas que en su nombre poseen.

Pero ni aun respecto a los terceros podrían usar de estos medios de defensa privada si la perturbación o el intento de despojo procedieran de personas autorizadas por el dueño o fueran ordenados por éste.

Y acaso pudiéramos avanzar más y negar a los dichos detentadores el ejercicio del derecho de defensa privada, si la intromisión del tercero obedeciera a deseo de proteger los intereses del dueño y oponerse a que perjudicara la cosa confiada a uno de estos servidores de la posesión, como decía BEKKER. Con esto no me refiero solamente al caso de estar la cosa amenazada de algún menoscabo por parte de aquéllos; porque entonces el tercero interviniente estaría amparado por el principio general del § 227 y su intervención cesaría de ser un acto ilícito de los que prevé el § 858, con lo cual el detentador quedaría incapacitado para usar de los medios de defensa que le confiere el 860. No; aquí hablamos de un detentador que se limita a usar de la cosa contrariamente a su destino y a lo autorizado por el dueño; en este caso, la persona que se opusiera a ello en interés del dueño no solamente no atentaría a su posesión, sino que la protegería; por tanto, no cabe duda de que moviéndonos en la órbita del § 227, y no existiendo ataque alguno ni contra la cosa ni contra la posesión ajenas, el detentador carecería del derecho de defensa legítima.

Más delicada es la cuestión con respecto a aquellos detentadores subordinados a quienes se les confieren frente a terceros todos los derechos de defensa privada de igual modo que podría ejercitarlos el dueño o el poseedor mismo. En efecto: cuando se trata del dueño, poseedor de la cosa en sentido jurídico, sólo él puede juzgar acerca de lo que ha de hacer, y la intervención de un tercero, con cualquier motivo que fuese, constituiría respecto de él una perturbación posesoria. ¿Ocurrirá lo mismo con la persona que le sirve de instrumento de posesión, y que debe merecer, respecto a los terceros, según lo dispuesto en el § 860, el mismo trato que si poseyese personalmente? Si fuera, por ejemplo, un arrendatario, como éste posee personalmente y puede defender su posesión, cualquiera intervención de un tercero, aun cuando la motivara el propósito de defender los intereses del propietario de la cosa, no por ello dejaría de ser una perturbación contra la posesión personal del arrendatario, y de justificar el uso por su parte de los medios que le reconoce el § 859.

Sin embargo, me parece que respecto a los detentadores que carecen de posesión personal y se limitan a defender la ajena, puede afirmarse con toda razón que la intervención de un tercero, aun cuando no la realice con el consentimiento expreso del dueño, siempre que sea conforme a la voluntad manifiesta de éste, y esté dirigida a que sean respetadas las órdenes terminantes que el amo haya dado a un criado, obrero o empleado suyo, por ejemplo, se legitima desde luego por implicar un consentimiento presunto; de manera que acerca de este extremo, y por lo que se refiere al juicio que haya de formarse respecto a la li-

citud de dicha intervención y a la procedencia de aplicar el principio común del § 227 o el criterio extensivo admitido por el 860, sólo hay una diferencia de grado, que habrá que abandonar a la apreciación del juez. Todo se reducirá a un problema de presunción de voluntad, en que haya de investigarse la medida en que el dueño haya querido permitir que su representante obre con independencia propia y personal frente a los terceros; y al mismo tiempo en qué proporción quiso confiarle a él solo y no a otros la facultad de interpretar las instrucciones que le haya dado. Para la disposición de carácter general no cabe semejante amplitud de interpretación: los §§ 227 y 229 no permiten presunciones de esta clase.

Por consiguiente, en este aspecto particular, y por lo que se refiere al derecho de justicia privada, se amplía en favor de los detentadores subordinados el precepto de derecho común, en cuanto que el § 860 suprime la condición suplementaria del 229 referente a la averiguación de si hubo o no urgencia y si moralmente pudo o no acudirse a la autoridad, en vez de proceder por sí mismo.

En una palabra, han querido ampliarse los derechos de defensa de estos detentadores por otro, respecto a terceros y sólo contra ellos, con el fin de dotarlos de medios más eficaces para proteger los intereses del dueño; por tanto, no deben concedérseles sino en la proporción necesaria en que sirvan a este fin, es decir, que deben serles reconocidos en tanto en cuanto salvaguarden así esos mismos intereses; pero nunca extenderlos a casos en que pudiera haber amenaza de perjudicarlos (*).

(*) [El Código argentino, concordando en esto con los de tipo germánico, admite la defensa extrajudicial de la posesión (artículo 2.470), siempre que concurran estos requisitos: 1.° Que se trate de una turbación o desposesión violenta. 2.° Que la reacción no exceda los límites de la defensa. 3.° Que la intervención de la autoridad no sea posible; y 4.° Que la réplica sea inmediata. Esta protección extrajudicial se refiere al *hecho* de la posesión, y, por lo tanto, comprende todos los supuestos en que exista la exterioridad de la posesión, bien se ejerza *animo domini* o a nombre de otro. Así la ju-

9. *Distinción entre posesión y detentación.*—Cerrado este paréntesis, volvamos a la delimitación de estos *detentadores por otro* o *subordinados* del Código civil alemán; en consideración a los intereses de carácter práctico de que hemos hablado, creo que en los hechos mismos encontraremos una explicación más profunda de la distinción admitida y, sobre todo, mayor seguridad en el descubrimiento de un criterio verdaderamente jurídico de interpretación en materia de detentación subordinada.

En efecto; se comprende fácilmente que la mayor parte de los detentadores por otro, como se les llamaba antiguamente, *poseerán* en lo sucesivo, porque hay que defender un estado de hecho que tiene valor social y económico por sí mismo, independientemente de toda cuestión sobre el fondo, sobre su derecho, y que merece protección frente a todos y aun contra aquel mismo de quien la cosa procede.

Pero, en cambio, comprenderemos mejor aún, y ateniéndonos al uso corriente, cómo, dígase lo que se quiera, es verdaderamente imposible que sea tratado de la misma manera quien no ha tenido iniciativa alguna personal respecto a la detentación de la cosa, ni le liga con ella interés alguno propio, ni tiene con ella otra relación material que la que le otorga el verdadero poseedor (1). Frente a un detentador de esta clase, que no es sólo detentador por otro, sino instrumento de posesión por otro, es lícito que el poseedor le obligue a devolverle la cosa que detenta, empleando para ello la fuerza si fuere preciso. Estos procedimientos serían inadmisibles aun respecto al depositario o al mandatario normal, puesto que éstos cabe que ejerci-

risprudencia la ha reconocido en favor del detentador (LAFAILLE, *Curso de derechos reales*, 2.ª edición, Buenos Aires, 1925, t. I, pág. 272 y siguientes).]

(1) Véase acerca de este punto y en igual sentido las observaciones de M. ALBERT TISSIER, en su precioso estudio acerca del libro de M. CORNIL, *Un nouveau Traité de la possession*, en la *Revue Trimestrielle*, 1905, pág. 805.

ten acciones contra el propietario o, en términos más generales, contra aquel de quien son representantes en el orden posesorio, como, por ejemplo, la acción para cobrar impensas que les otorga un derecho de retención (1). Todas estas son cuestiones que deben ventilarse ante los Tribunales y no a golpes.

Si, por consiguiente, el contrato, como tal, y únicamente por sus caracteres jurídicos, no es bastante para darnos un criterio de distinción en materia de detentación subordinada, ¿dónde hallaremos este criterio?

10. *Relación entre los §§ 854 y 855.*—A mi juicio, para entender con exactitud en esta materia la teoría de la posesión del Código civil alemán, hay que hacer como PLANCK, esto es, no creer que el § 855 excluya de la idea de posesión a los detentadores subordinados, formulando algo así como una excepción al principio general del § 854, en que la posesión se define, sino que aquél se limita a enunciar un caso de aplicación normal y corriente de la norma jurídica común establecida por este último precepto (2). Para darse perfecta cuenta de ello hay que ir al concepto general del § 854, y esto nos lleva a insistir, aunque rápidamente, sobre el sistema fundamental.

11. *Definición de la posesión.*—El § 854 limítase a declarar que la posesión se adquiere mediante la obtención de una potestad efectiva sobre la cosa, o, según los términos del texto legal: *die thatsächliche Gewalt über die Sache;* frase que se discutió ampliamente en la segunda Comisión y que fué elegida de intento (3), prefiriéndola a la palabra técnica *Inhabung*, expresiva de la detentación, que en varias enmiendas había sido propuesta; porque con

(1) Cf. COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, § 185.—VI, págs. 65-66.

(2) Véase en el mismo sentido, con las indicaciones que hace en la nota, CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, III, § 344, n. 18.

(3) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung*, III, página 29.

aquélla se quiso ante todo indicar que la posesión no la engendraba una relación de hecho cualquiera, un contacto material, un apoderamiento físico; quiso darse a entender que la potestad material de que se trataba era la que en lenguaje francés corresponde al señorío material, *maîtrise de fait.*

Es señor de la cosa aquel que conforme a las ideas ambientes, a las costumbres y a las relaciones sociales es considerado externamente como la persona de quien depende la cosa. Se trata de lo que yo llamaría un concepto *popular* o, si se quiere, un concepto *social.* El público es quien fija el señorío de la cosa, teniendo en cuenta el estado de las costumbres, el medio ambiente, el grado de evolución de la vida social; un maestro de Derecho mercantil, el profesor GOLDSCHMIDT, expuso ya en una de sus obras este concepto social de la posesión, y no cabe duda de que ella inspiró esta manera de ver el problema de la segunda Comisión.

Acaso la palabra alemana más exacta hubiera sido *Herrschaft,* que es la correspondiente a esta idea y la que equivale precisamente a lo que nosotros llamamos *señorío* o *potestad.* No fué aceptada oficialmente, de seguro ante el temor de que su sentido, algo menos materializado quizá, evocara ante todo la idea de algo así como una potestad de carácter espiritual o acaso exclusivamente jurídica, sin poder efectivo sobre la cosa. Había que hacer consistir la posesión en un poder material suficiente o reputado tal con arreglo al uso corriente, que permitiera a su titular tener la cosa a su disposición y excluir a los terceros.

Y esta potestad de hecho, o más bien esta potestad efectiva y real, es la que se ha querido designar al emplear la palabra *Gewalt.* Pero al mismo tiempo, como se la oponía a la simple detentación, *Inhabung,* dábase a entender que la potestad material debía ser de índole tal que exteriorizara y constituyera un señorío personal, un derecho de dirección y de ordenación o, para emplear la frase jus-

ta, un grado de independencia que sirviera por sí mismo para indicar como dueño de la cosa al poseedor.

Supongamos, por ejemplo, el caso de un pequeñuelo que se apodera de un objeto que halla a su alcance y perteneciente a sus padres o a un tercero; tiene indudablemente sobre él una potestad de hecho muy real, puesto que puede romperlo y destruirlo; además, disfruta ya de personalidad jurídica y capacidad consiguiente para poseer derechos; le falta, sin embargo, la capacidad de hecho. Es posible que sea capaz de voliciones y aun de querer con violencia y tenacidad; pero no se da cuenta de sus actos ni del fin que persigue; de manera que no habrá nadie que juzgue como verdadero señorío, es decir, como señorío *social* de la cosa, esta potestad de hecho. Vemos, pues, que lo que surge ante todo con esta frase de *thatsächliche Gewalt* es, por consiguiente, todavía la idea de dominación tomada en su aspecto social, la idea de una *Herrschaft*, pero de una *Herrschaft* basada en una potestad efectiva y no únicamente ideal y jurídica.

Tan verdad es esto, que los comentaristas del nuevo Derecho alemán, como COSACK, por ejemplo, definen la posesión precisamente como una *thatsächliche Herrschaft.* Y prescindiendo del tecnicismo del § 854, que emplea la palabra *Gewalt,* define el citado autor la posesión como una *Herrschaft* (1), es decir, un señorío de hecho opuesto a la *Gewalt* pura y simple, o sea a una potestad meramente material y física. Este es también el concepto de GIERKE, que define igualmente la posesión como una *thatsächliche Sach Herrschaft* una potestad material o de hecho sobre la cosa; añadiendo este autor que la *thatsächliche Gewalt* del § 854 se exige únicamente para indicar y producir la *Sach Herrschaft,* la potestad real, el señorío independiente de la cosa (2).

(1) COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, § 186. III, pág. 68.

(2) GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, § 114, núm. II, pág. 212.

12. *Confirmación del concepto expuesto.*—Esta interpretación la confirman las soluciones positivas del Código civil alemán, más aún que las palabras y las definiciones. Así, por ejemplo, permite dicho Cuerpo legal que la posesión se adquiera antes de realizar acto alguno de apoderamiento efectivo de la cosa, antes de haber contacto alguno con ella y de detentación material, como en el caso del § 854, apartado 2.°, que regula la convención traslativa de posesión, que no me atrevo a llamar *contrato* de trasmisión posesoria porque el texto legal evita con razón usar la palabra técnica de *contrato* o *acto jurídico* para indicar con precisión que la *Einigung* o concierto de voluntades no se considera más que como uno de los factores o elementos del poder sobre la cosa, y en tanto en cuanto constituya y revele este poder, sin pretender averiguar si como acto jurídico y como contrato sería verdaderamente válido y eficaz. Ahora bien; este concierto de voluntades acerca de la trasmisión, basta para indicar cuál sea el dueño de la cosa desde el momento en que éste se halle en aptitud material de tomar posesión de la cosa. Aun antes de que esto suceda, es reconocido por todo el mundo como poseedor; y es que en virtud de esta convención previa ha habido, por así decirlo, una *abdicación* o desaparición de la única persona que en el estado actual de cosas, tal como cabe que sea conocido al menos, hubiera podido oponerse al ejercicio de una potestad efectiva sobre la cosa. El señorío, por consiguiente, no es el resultado de un contacto externo no realizado aún, sino de la convención, que permite que éste pueda efectuarse y que contribuye a su realización. De suerte que, por una parte, para constituir el señorío de la cosa (§ 855) no basta la simple detentación; es preciso distinguir los casos según sea el vínculo jurídico que la constituya; y, por otra parte, a su vez, este señorío puede existir independientemente de una detentación cualquiera (§ 854, II); prueba de que siguen aún sin coincidir ni estar identificadas *posesión* y *detentación.*

En los últimos casos, los del § 854, apartado 2.°, decíase antiguamente que había tradición aparente; hoy cometeríamos una inexactitud afirmándolo; equivaldría a dar a entender que en los citados casos no hay más que posesión ficticia y admitir que el apartado 2.° del § 854 era derogatorio del primero, por cuanto admitía como excepción un caso de posesión sin potestad material. Todo esto sería un verdadero error. A tenor del § 854, hay potestad de hecho lo mismo cuando ésta se ejerce materialmente (caso del apartado 1.°), que cuando es posible y se está dispuesto a ejercerla, por un lado, mediante el concierto previo de voluntades de los dos interesados, y por otra parte, sobre todo, mediante la posibilidad física de actuarla (caso previsto en el apartado segundo). En el primero de ellos no hay necesidad de convención previa y basta el hecho de la aprehensión unilateral; pero en el segundo el factor esencial para la existencia del señorío sobre la cosa es la convención. Si difieren los factores que pueden constituir este señorío, la naturaleza de éste es la misma siempre.

Otro tanto debe decirse del caso de sucesión hereditaria en la posesión, previsto en el § 857. Verdad es que no se exige aquí que el heredero se halle en disposición de tomar posesión, ni siquiera que conozca sus derechos y el título para ello: continúa la posesión de su causante, bien sea heredero testamentario o *ab intestato*, por el hecho solo de ser tal heredero. La razón de ello es que el uso constante atribuye el señorío de la herencia a quien la ley o testamento designa como llamado a ser el dueño luego que muere el poseedor y aunque las cosas que integran la herencia no hayan sido aprehendidas por nadie; y aun cuando lo ignore el interesado, nada importa. ¿Es que no continúa la posesión, una vez adquirida, a pesar, por ejemplo, de que sobrevenga una incapacidad (me refiero a una incapacidad natural) o de un obstáculo que momentáneamente impida el ejercicio de la detentación material? La *causa possessionis* inicial es suficiente para designar el dueño y el poseedor, y la opinión le conserva este título, no sólo a pesar de la imposibilidad temporal en que puede hallarse para ejercer su potestad material, sino a pesar también de la inconsciencia completa en que pueda haber caído. La sucesión hereditaria también es una *causa possessionis* que para todo el mundo es indicadora del dueño actual de la cosa. Ni en este caso ni en el de convención posesoria hay nada de ficción ni de excepción: habría ésta cuando la regla se interpretara en sentido estrecho y riguroso; habría ficción si examinásemos la realidad en un aspecto exclusivamente material en vez de ver en ella una relación de carácter económico y social; por el contrario, no son otra cosa sino soluciones que contribuyen a explicar y fijar la norma misma.

Siendo esto así, si ésta es la definición y el concepto de la posesión, está en lo cierto PLANCK cuando, al comentar el § 855, estima también que no es una excepción, sino una simple aplicación de la regla general la exclusión de los detentadores subordinados.

13. *Casos de aplicación de la detentación subordinada.* En cuanto a la fórmula amplia con que termina el § 855, se trata de una generalización analógica obtenida con relación a los dos ejemplos citados en primer término por el texto: el de los domésticos y el de los empleados en el comercio o en la industria. Y afirma que habrá sólo simple detentación en todos aquellos casos análogos, o sea cuando el detentador esté sometido a las instrucciones de otro. Ya hemos visto que este hecho de estar sometido a instrucciones ajenas no crea por sí solo la detentación subordinada del § 855; de lo contrario, el mandato no podría nunca producir más que detentadores: es necesario algo más, a saber: que la obligación de obedecer las instrucciones de otro sea producida por un estado jurídico análogo a los dos ejemplos que como tipos da el texto mismo. Y toda la cuestión queda reducida a averiguar en qué consiste esta analogía.

A primera vista podría suponerse que de lo que se trata es de una semejanza de estado social; y como se nos habla de personas ocupadas en la casa o en la industria de otro, que dependen personalmente, en cierto modo, de aquellas a quienes las une un contrato de arrendamiento de servicios (es decir, domésticos, obreros, empleados de comercio), pudiéramos inclinarnos a afirmar que se ha querido aludir únicamente a estados sociales de dependencia personal, y esto sería una interpretación demasiado estrecha y completamente insuficiente.

Si el § 855 no fuese más que un caso de aplicación de la regla sentada por el 854, habría que excluir de la posesión a todos cuantos usen de cosa ajena o la hayan bajo su poder sin que por esto se encuentren respecto a ella en una posición que les confiera el señorío externo; con este motivo se ha mencionado el caso de los amigos o de los huéspedes que invitamos a comer, los cuales usan los objetos que ponemos a su disposición sin que por ello lleguen a ser posesores (1). De igual modo, los amigos que nos visitan depositan sus abrigos, por ejemplo, en el vestíbulo, sin que por esto seamos poseedores de las ropas que se hallan en nuestra esfera de protección doméstica.

COSACK, de quien es el anterior ejemplo, atribuye la carencia de posesión en tal caso a la falta de *animus*, y dice: "No puede atribuírseme el haber querido ejercer la menor potestad de hecho sobre las ropas de las personas que me visitan y las han depositado en mi antesala" (él hablaba concretamente de impermeables; pero esto importa poco para nuestro objeto) (2). Dudo de la exactitud de esta explicación, porque si se tratara de una simple cuestión de intención, y suponiendo que pudiera probar de un modo suficientemente objetivo que he querido apoderarme de los

(1) Véase STROHAL, *Sachbesitz*, en los *Jherings Jahrbücher*, t. XXXVIII, pág. 11. ENDEMANN, loc. cit.
(2) COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, pág. 68, § 186-III.

objetos pertenecientes a mis huéspedes, bastaría con ello para que hubiera llegado a ser poseedor (bien entendido que me refiero a actos de simple toma de posesión, no a los que implicarían un robo). Ahora bien: esta solución se hallaría en oposición abierta con la teoría alemana. Si no soy poseedor de los objetos depositados en esta forma momentánea en mi casa, no es porque no lo haya querido, sino porque conforme a las costumbres corrientes yo no adquiero ningún verdadero señorío sobre estos objetos, a pesar de encontrarse bajo mi custodia y confundidos con los míos. Los tengo en un depósito tácito; y aunque de ordinario el depósito confiere la posesión, sin embargo, aquí estamos en presencia de un depósito de carácter particular que en modo alguno, y conforme a la intención recíproca de las partes, me otorga el derecho, salvo casos extremos, de tomar las atribuciones y disposiciones que tuviera por conveniente respecto a estas ropas, que se hallan, hablando más exactamente, *custodiadas* por mí como una prolongación de la *custodia* ajena. Esta es la diferencia con el depósito común. Yo, por ejemplo, recibo en mi casa de recreo a mis amigos; éstos cuelgan en el vestíbulo de la casa sus abrigos, sus sombreros de campo, sin que ellos por esto crean autorizarme para permitirme descolgarlos y colocarlos en mi guardarropa con los míos. Por el contrario, estos mismos amigos me entregan un objeto de valor, alhajas, por ejemplo, que desean estén seguras, y por consiguiente, aunque de un modo provisional, me confían respecto a este depósito cuantas iniciativas personales sean necesarias respecto a la vigilancia y precauciones que con él haya de tomar; y yo seré quien coloque las alhajas en el lugar que me parezca seguro, como lo haría con las cosas de valor que me pertenecieran. En cambio, si hiciera lo mismo con las ropas que mis huéspedes depositan en mi vestíbulo, contrariaría las conveniencias y el uso admitido, y por muy intencional que fuera el hecho, como no mediara un verdadero conflicto que me

autorizase a disponer a mi antojo, no bastaría para otorgarme la posesión. No es siquiera admisible, como, por ejemplo, pudiera inducirse de ciertos párrafos de CROME (1), que respecto a aquel caso se diga que el problema del *animus* se refiere a un *animus* meramente ficticio y presunto, que depende sólo de las costumbres establecidas y de la intención atribuída al detentador por la opinión corriente; por tanto, de un hecho objetivo puramente, al cual no puede oponerse prueba alguna contraria fundada en su intención real y subjetiva. Lo que debe afirmarse es que no hay en modo alguno problema de intención mientras se trate de la intención unilateral del detentador, y que no hay para qué tener en cuenta en este caso, ni la que realmente le anime, intención subjetiva, ni la que le atribuyan necesariamente las costumbres corrientes, intención objetiva. No hay más que un problema de potestad de hecho: al dueño de la casa lo que le falta realmente, por la naturaleza misma del vínculo jurídico que pueda engendrar el simple hecho de depositar, mientras dura la visita, ropas, un paquete, un objeto cualquiera, es una potestad real bastante independiente para que pueda incluírsela en las prescripciones del § 854. En este respecto no pasa de ser un detentador subordinado (2).

---

(1) CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, III, § 344, II-2, pág. 27 y ss. Compárese § 347, n. 20 y ss.

(2) ENDEMANN, sin embargo, parece reconocer que cuanto se halla localmente en la esfera de poder doméstico del dueño de la casa es poseído por él en virtud de su presunta voluntad de ser el amo de cuanto existe en su casa. En efecto; ya veremos que este autor, en la forma al menos, continúa siendo partidario del *animus possidendi*, aun dentro del derecho actual. Y parece como que lleva esta aplicación de la posesión hasta a las ropas y objetos que deposita el visitante, porque da al dueño de la casa, no sólo los medios de ejercitar por sí la defensa privada, de que dispondría de todas suertes, como simple detentador, conforme al § 855, sino las mismas acciones posesorias. Y, por otra parte, la única excepción que reconoce al principio de que la posesión se amplía a cuanto está bajo la custodia del dueño, se refiere a los objetos pertenecientes a sus huéspedes, cuando éstos se hallan en situación de vigilarlos por sí mismos, porque no los pierden de vista, como sucede con los abrigos colocados en la percha de un restaurante, que se hallan al alcance

Hay, por consiguiente, allí un estado de cosas exclusivamente objetivo, como todos los incluídos en el § 855, respecto a los cuales no ejercen influjo alguno las cuestiones de voluntad y de cambio de voluntad. El problema de si hay o no posesión está reglado por el juicio que conforme a los usos, y por tanto el medio ambiente, se tiene de la potestad más o menos independiente que se atribuya al detentador, dado el vínculo jurídico de que procede su detentación. La posesión no es creada por la sola intención de las partes; no pueden hacerlo si no modifican realmente la relación jurídica que regula su posición recíproca, y, por consiguiente, modifican la potestad de hecho resultante de ella. Un amo puede convenir con su criado que éste habrá de tener la posesión de un determinado objeto; pero si no altera la naturaleza del depósito que le hace, si no da a entender además que le autoriza unas ciertas iniciativas, que no le otorga según el derecho común su posición de criado, no basta por sí solo este cambio de palabras;

---

de la mano de los clientes (ENDEMANN, *loc. cit.*, § 38-1 y 3a). No sucedería lo mismo si estos objetos no se hallasen directamente vigilados por el dueño, sino que estuvieran únicamente custodiados por el dueño de la casa: éste entonces adquiere el carácter de poseedor. Esto acontecería en el caso de los mismos objetos cuando durante una visita son depositados en el vestíbulo, porque los dueños de ellos no los tienen a la vista y se hallan, por consiguiente, vigilados por el amo de la casa directamente o, mejor dicho, por su personal. Y añade ENDEMANN: "Lo mismo ocurriría con aquellos objetos que pueden olvidar los amigos que me visitan, un bastón, un paraguas, por ejemplo." (ENDEMANN, *loc. cit.*, § 38-3a.) En el tomo que acaba de publicar CROME de su *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, resuelve estas dos cuestiones de un modo diametralmente opuesto. Aquellos objetos que los visitantes depositan temporalmente en mi casa, no entran en mi posesión, así como tampoco los que puedan dejar en ella olvidados (CROME, *System*, III, § 347, n. 22); porque todo el mundo reconoce que el dueño de una casa no se propone tomar posesión de cosas pertenecientes a sus huéspedes, aun cuando las dejen olvidadas en su casa. En cierto modo, ésta era la razón alegada ya por COSACK para justificar una opinión igual. Hemos visto el punto en que suscitaba reservas; lo mismo acaecería con el fundamento casi semejante que da CROME, tanto más cuanto que este último ni siquiera admite, como COSACK, a título de condición distinta la necesidad de un *animus possidendi*.

Mas sea de ello lo que quiera, obsérvese que hay en esto dis-

no han cambiado los hechos y la intención por sí misma carece de influjo sobre la relación que habrá que señalar entre posesión y detentación.

En todos los ejemplos citados vemos, pues, que no se trata en modo alguno de personas dependientes socialmente entre sí.

14. *Casos de señorío de hecho sobre objetos que no podemos utilizar en beneficio nuestro.*—Por el contrario, veamos algunos casos en los cuales habría potestad de hecho, aun cuando el poseedor carezca del derecho de servirse de la cosa en su interés. He citado ya los casos de depósito y mandato generales, con excepción de ciertos estados particulares ya examinados. Pero analicemos sobre todo el caso del porteador, el de una Compañía de ferrocarril, por ejemplo, a quien confiamos nuestra persona y encomendamos nuestro equipaje; éste viaja al mismo tiempo que nosotros y parece que pudiera aplicársele lo dicho acerca de las ropas depositadas en el vestíbulo de otro y que quedan bajo la *custodia* prolongada nuestra, sin perjuicio de es-

crepancias notables con ENDEMANN; y lo que hay que observar ante todo es que a causa de su teoría de la voluntad presunta, este último ha exagerado demasiado la ampliación de la posesión a cuantas cosas, sin distinción alguna, están bajo la *custodia* ajena. ¿Acaso los mozos de la fonda no están encargados, mucho más que los mismos clientes, de vigilar los objetos de éstos, siquiera se encuentren al alcance y a la vista de los mismos? La vigilancia verdadera corresponde también al personal de la casa mucho más que a los huéspedes que se encuentran en ella; por consiguiente, no hay para qué distinguir si están los huéspedes en la misma habitación y pueden vigilar lo que ocurre, o si en una habitación contigua, y sin tener a su alcance inmediato los objetos que han abandonado. La razón verdadera consiste, no en que el dueño de la casa no haya querido convertirse en poseedor, sino en que la vigilancia que ejerce en este respecto, ni tiene igual carácter ni le concede iguales poderes e iniciativas que los que engendra un depósito ordinario. Por igual fundamento no varía en principio de carácter su posición en el primer momento respecto al objeto olvidado: continúa siendo un detentador subordinado, de los del § 855. Pero si al advertir el olvido se produce como un depositario, coloca el objeto en lugar seguro y respecto de él adopta iguales disposiciones que para los suyos propios, se convierte, como todo depositario, en verdadero poseedor; por esta razón yo, en esta hipótesis, abandono la solución dada por CROME y me inclino a la de ENDEMANN.

tarlo asimismo de un modo general bajo la *custodia* también de la Compañía. Sin embargo, esto es inexacto; por esta vez algo ha cambiado el cuadro, para que estemos conformes en atribuir la posesión a la Compañía. La razón de ello consiste en que ésta, si carece de derecho para servirse de nuestro equipaje, lo tiene para adoptar cuantas disposiciones sean necesarias a la realización del mandato de que se ha encargado, consistente en transportarlo en las condiciones señaladas por el contrato, y también para armonizar este mandato con las necesidades de su servicio; por consiguiente, le corresponde una iniciativa personal respecto de los objetos que le han sido confiados, y este acrecimiento, digámoslo así, de iniciativas es bastante para otorgarle una potestad material equivalente a la posesión.

Se ha dicho que lo mismo ocurriría con el doméstico a quien se le confía, por ejemplo, un objeto para que lo lleve a componer a otra ciudad, si este transporte exigiera que hiciese un viaje durante el cual tuviera respecto al objeto una misión y unas iniciativas personales que no le corresponderían con arreglo al derecho común, y que interinamente lo convertirían, por tanto, en poseedor del objeto. Como acabamos de decir, la posesión no se confiere mediante sólo intenciones recíprocas; lo que se ha modificado es la situación de hecho a consecuencia de un cambio correlativo en el estado de derecho. Hay aquí una diferencia análoga a la de que hemos hablado entre el depósito momentáneo de abrigos y otras prendas colgadas en el perchero del vestíbulo de mi casa por los amigos que me visitan, y el depósito más completo que me pueden hacer éstos de un objeto de valor para conservar entre los míos. En todo caso, vemos que no hay en ello problemas dependientes de la situación social de los interesados; la diversidad de soluciones procede de las relaciones jurídicas que regulan y modifican la actitud respectiva de las partes con respecto a objetos confiados a otro individuo y que

se someten de esta suerte a una doble potestad personal: una de ellas es a manera de un señorío meramente interno, sin detentación corporal alguna, y la otra, a manera de un señorío esencialmente corporal con un doble grado posible de independencia relativa para el detentador, según sea un instrumento de posesión o representante por otro de la posesión; según detente para ejercitar la posesión ajena o posea por cuenta propia, aun cuando sirva de intermediario para el señorío externo de otro.

Con mayor motivo habría que admitir esta relación posesoria en beneficio de los que adquieren el derecho a servirse de cosas colocadas a su disposición por una especie de arrendamiento; como, por ejemplo, sucede con los viajeros huéspedes de un hotel o clientes de un restaurante, que jurídicamente están en posesión, mientras disponen de ellos, de los objetos y utensilios de mesa cuya utilización les corresponde según lo convenido. En tanto dura el contrato, si se les intentara privar de esos objetos que necesitan, tendrían derecho a oponerse a ello, invocando el de defensa privada que les confiere el § 859. Este es precisamente uno de los casos para los que era necesario en realidad el citado precepto; porque según el Derecho común, a tenor del § 227, carecerían de derecho para resistirse contra el propietario o sus empleados si estos últimos arrebatasen a los clientes, mientras los necesitan, los objetos cuyo uso les fué autorizado; no habrían hecho los camareros otra cosa que ejercer por sí mismos la potestad posesoria perteneciente al dueño del establecimiento, y el viajero carecería de autoridad para oponerse a ello y defender la posesión ajena. Necesitaban poseer un derecho personal que defender y, por tanto, que se les discerniera una posesión propia. Y esto lo constituyen los medios personales de legítima defensa que como poseedor le confiere, mientras posee, el § 859.

15. *La línea divisoria entre posesión y detentación.*— Bastan estos ejemplos para revelar la línea divisoria que

separa la posesión de la detentación. Hay potestad de hecho bastante para fundar la posesión cuando respecto de la cosa disfruta el detentador de iniciativa personal que le confiere su señorío actual, por limitado y provisional que sea, con tal de que subsista y tenga un carácter de independencia propia, sean cuales sean el grado y los límites de esta independencia. Hay únicamente detentación subordinada cuando el contacto material o la relación de hecho con la cosa, por razón del vínculo jurídico que de aquéllos se desprende, no implica iniciativa personal alguna y, por consiguiente, no se manifiesta, digámoslo así, más que como forma de ejercicio y medio de realización de la posesión de otro: el detentador es un instrumento de posesión ajena; la detentación es la prolongación y la manifestación pura y simple de la posesión de otro. Por el contrario, el poseedor ejercita un señorío personal que encierra dos grados de independencia respecto a otro, bien sea que no esté al servicio de ningún interés distinto al del titular actual, o bien envuelva, juntamente con el fin personal del que lo ejercita, una función de intermediario y de conservación respecto a otro, y del señorío que, a consecuencia de la relación jurídica reconocida por el detentador, conserva dicha otra persona respecto a la cosa misma. Aquí encontramos la distinción entre posesión propia, *Eigenbesitz*, y la posesión por otro, *Fremdbesitz*, con la dualidad, donde existe esta última, entre *posesión mediata o indirecta* y *posesión directa o inmediata;* pero todas estas distinciones y subdistinciones no tienen nada que ver con el hecho de la defensa posesoria. Acerca de ésta basta atenernos a la distinción entre posesión y detentación; que es el punto que he intentado esclarecer como preliminar a la cuestión del *animus possidendi.*

* * *

16. *Apreciación del sistema alemán en materia de detentación subordinada.*—Hay que añadir, sin embargo, que en materia de detentación todavía reconoce el Código alemán una subdistinción, puesto que hay detentadores subordinados que se diferencian de los detentadores puros y simples, aunque la distinción sea muy ligera. Sea o no subordinado, todo detentador carece de acción posesoria; pero sí podrá ejercitar contra los terceros los medios de defensa privada que reconoce el Derecho común. Además, los detentadores dependientes disfrutarán contra terceros de aquellos medios especiales de defensa privada que son propios del poseedor; de modo es que hay como una clasificación triple, y acaso conviniera a la sencillez reducir a dos términos la distinción y reconocer a todos los detentadores, respecto a los terceros, una posición igual, a lo menos en lo referente al derecho de defensa privada. A mí me parece esto punto menos que indiscutible.

También cabría quizá, como hizo el proyecto primero, conceder las acciones posesorias a todos los detentadores, sean quienes fueren, pero sólo con relación a terceros; esta es la ventaja que persiguen aquellos autores que quieren equiparar completamente la posesión y la detentación desde el punto de vista del elemento corporal (1). Es verdad que a esto puede oponerse que no cabe dar a un simple criado, sin conocimiento del dueño, el que pueda ejercitar las acciones posesorias. Y, por otra parte, hemos visto que la teoría alemana es suficientemente sutil para conceder una verdadera posesión en los casos únicos en que haya interés en dotarle de medios de defensa judiciales, como, por ejemplo, cuando se le encarga la custodia de un inmueble o se le confía el transporte de un objeto.

Aparte de domésticos, empleados y obreros, nos faltan los casos de detentación subordinada o de detentación pura y simple en que el dueño de una casa tiene el objeto bajo

(1) Cf. CORNIL, *loc. cit.*

su *custodia*, sin tener la posesión de él; tal es el caso de las ropas depositadas en el vestíbulo de otro, o el del sombrero arrebatado por el aire y lanzado a un espacio o al interior de un patio perteneciente a otro. Si el objeto lo toma y substrae persona distinta del antiguo poseedor, ¿no habría un verdadero interés en que el dueño del inmueble persiguiese el rescatarlo, para restituirlo a su legítimo propietario, sin que el poseedor momentáneo pudiera discutir la naturaleza de la potestad de hecho perteneciente al detentador y oponerle la distinción entre posesión y detentación?

Efectivamente, puede suceder que vaya formándose una opinión favorable a la asimilación entre posesión y detentación en orden a la defensa posesoria contra los terceros. Porque la sutilidad infinita de las distinciones que pueden hacerse entre poseedor y simple detentador, aun al referirse a detentadores subordinados, según hemos visto, amenaza favorecer a los adquirentes de mala fe, ofreciéndoles medios de que aplacen la restitución de la cosa, y, por consiguiente, procuren su desaparición. Lo que en apariencia hay de inadmisible en permitir a simples detentadores subordinados producirse como si fueran poseedores, queda destruído considerando que donde el dueño esté presente, él será quien tome a su cargo el negocio; con tanto mayor motivo cuanto que si él se opusiese, siquiera tácitamente, al ejercicio de una acción que sólo se concede al detentador en interés de la posesión de aquél, debe negársele a éste como se le rehusan los medios de defensa privada.

Si venciera este sistema, la distinción entre posesión y detentación quedaría reducida casi, por lo menos en cuanto a los medios de defensa posesoria, a averiguar si han de existir estos medios contra el dueño de la cosa o si sólo se concederán contra los terceros. Y acaso sea a esto a lo que se reduzca algún día toda la teoría de la posesión.

* * *

17. *Función del "animus" en la posesión.*—Nos queda por tratar la cuestión del *animus possidendi*. He hablado ya de la discusión subsistente todavía, a pesar de la aparición de textos suficientemente categóricos para acallarla. De todas las legislaciones nacidas después del movimiento de ideas suscitado por JHERING han desaparecido las alusiones a la existencia del elemento subjetivo, al definir la posesión; y no se alude ya a la necesidad de que sea la intención una condición esencial y distinta de la relación posesoria.

Empero antes de entrar en el fondo de la discusión, considero indispensable señalar perfectamente el punto exacto en que va a haber divergencia.

Efectivamente, ante todo, es preciso hacer destacar que en el concepto realista que acabo de exponer, y desde el momento en que se distingue todavía entre posesión y detentación, aun rechazando que el *animus possidendi* constituya en sí mismo una condición indispensable y un elemento propio y distinto de la posesión, se reconoce que hay que tener en cuenta el factor intencional, no por él y en sí mismo, sino como manifestación de la potestad de hecho de la cosa y en tanto que el *animus*, según los usos corrientes y la opinión dominante, puede servir para indicar la potestad personal del detentador y distinguirla de un simple contacto material sin relación con la idea de posesión propiamente dicha (1).

---

(1) Esta idea está formulada claramente en los *Protokolle* de la segunda Comisión con motivo de la cuestión de averiguar si convenía hacer del elemento intencional una condición distinta de la posesión: *Diese Aufstellung sei in den zahlreichen Fällen entbehrlich, in denen nach Lage der Sache die Herstellung der thatsächlichen Gewalt ohne einen darauf gerichteten Willen nicht möglich sei, und für die Fälle bedenklich, in denen ein Erwerbswille desjenigen, welcher den possessorischen Schutz erlangen müsse, nur mit Hülfe willkürlicher Annahmen und Fiktionen zu konstruiren sei, so z. B. in dem Falle, wenn die für Jemand bestimmte Sache in dessen Abwesenheit in seiner Wohnung niedergelegt werde* (*Protokolle*, III, pág. 30). [El admitirlo así resultaría superfluo o aventurado, según los casos: inútil, en aquellas hipótesis en que por la situación del

He aquí, pues, cómo hay que formular y analizar la opinión que juzgo más conforme a los textos y al espíritu del nuevo derecho alemán.

En esta teoría, para adquirir la posesión no es necesario más que un solo factor: la existencia de una potestad de hecho; y en la medida en que ésta, con sujeción a los conceptos corrientes, pueda existir sin que haya voluntad consciente en el poseedor, se adquirirá la posesión; esto es lo que quiere expresarse cuando se habla de *teoría objetiva*. Y de otra parte, siempre que, por el contrario, sea indispensable ese elemento intencional para caracterizar y afirmar esta potestad material, habrá que acudir a la cuestión de voluntad real o presunta, que esto importa poco, para averiguar si existe o no esta potestad. Tal es la fórmula exacta, y no cabe duda de que, arrancando de ella, lo decisivo la mayor parte de las veces será esta cuestión del *animus*.

18. *Casos de coincidencia entre ambas teorías por ser decisivo en uno u otro sentido el "animus".*—Primeramente lo será en una forma desde luego exclusivamente objetiva, es decir, ateniéndose a la materialidad de los hechos, sin necesidad de investigar cuál sea la intención real del poseedor, en todos aquellos casos en que la actitud jurídica, económica o social del detentador revele una relación de derecho inicial y, por consiguiente, una *causa possessionis* que sirva para caracterizar, delimitar y cualificar su potestad de hecho respecto a la cosa detentada. Pero hay que ir más allá y tomar en consideración en ciertos casos la voluntad real del poseedor, y, por consiguiente, la intención realmente manifestada, con independencia de cualquier situación jurídica objetiva.

---

objeto no es posible actuar una potestad efectiva sin una voluntad a ello encaminada; expuesto, en aquellas otras que exigen arbitrarios supuestos y ficciones para poder llegar a construir la voluntad adquisitiva del sujeto que reclama la protección posesoria, como ocurre, v. gr., en el caso de que las cosas destinadas a una persona fuesen depositadas en su casa mientras ella se encontrara ausente.]

STROHAL (1), por ejemplo, cita el caso de un leñador que encontrando en su camino después de una cacería una pieza apartada y olvidada por uno de los cazadores, la recoge y la esconde en el monte para impedir que se apoderen otras personas de ella. ¿Se ha convertido en poseedor? Esto dependerá de la intención que en ello haya revelado. Si lo que quiso fué apoderarse de la caza, volver por ella después y apropiársela, es un ladrón; pero un ladrón es un poseedor, porque actúa como dueño. Si, por el contrario, y como cabe presumir, ha escondido la caza sólo con objeto de que el cazador que la mató pueda tener la certidumbre de hallarla y recogerla, no actúa como dueño y lo que ha querido es conservar a otro la posesión que éste adquirió; no se convierte en poseedor. Por consiguiente, aquí el elemento intencional es el que valora y da significación a la potestad material y al elemento corporal manifestados y el que hace de este elemento corporal un señorío propiamente dicho.

Otro tanto sucede en el caso del pequeñuelo que se apodera de un objeto, del enfermo que delira y coge el estuche de instrumental de su médico, del loco furioso que penetra en la casa y no quiere salir de ella; en ninguna de estas hipótesis hay posesión. Porque para averiguar si el individuo que se apodera de una cosa adquiere el señorío de ella hay que investigar la intención y el fin con que lo hace, según hemos visto en el caso del leñador arriba citado. Pero sea de ello lo que quiera, cuando haya que tomar en consideración la voluntad, se requiere que ésta sea conscia de lo que quiere; no es que se exija una capacidad jurídica, pero es preciso a lo menos una capacidad de hecho. La voluntad del pequeñuelo, del loco, no sólo es una voluntad con la que el derecho no puede contar, sino que tampoco lo es psicológicamente: hay incapacidad natural, no ya jurídica, para expresar una voluntad razonada.

(1) STROHAL, *loc. cit.*, pág. 68.

Ahora bien: cuando la voluntad no es razonable, nadie la toma en consideración para atribuir a quien la manifiesta una potestad que posea un valor jurídico.

De modo es que los autores que no reconocen en la voluntad posesoria un elemento distinto y formal de la posesión, coincidirán con sus adversarios en todos estos extremos; rechazando en tales supuestos toda idea de posesión precisamente porque falta la voluntad posesoria y esta falta equivale a la privación de potestad material en el sentido jurídico de la palabra. Esta es la teoría, por ejemplo, de PLANCK y de STROHAL.

19. *Casos de divergencia por estimar suficiente la mera voluntad presunta.*—Por el contrario, los autores, como GIERKE y COSACK, para quienes la voluntad posesoria es una condición formal, en y para la posesión, reconocerán que hay posesión en los casos en que esta voluntad resulte sólo presunta, aun cuando el poseedor sea inconscio, completamente, de la aprehensión misma en el momento de realizarla.

Esto es lo que ocurre en todos los casos de adquisición mediante otra persona, bien sea el mandato general o especial; el mandante o el dueño a quienes se imputa el haber querido adquirir cuanto el intermediario adquiera, obtendrá la posesión aun sin que él lo sepa; y no sólo de aquellas cosas que especialmente haya ordenado adquirir en el mandato, sino que en caso de un mandato de carácter general, adquirirá también la de todas aquellas que el mandante no pudo prever que serían adquiridas en su nombre. Finalmente, importa poco que en la teoría del nuevo Código civil alemán haya de adquirir el mandatario la posesión directa y trasmitir al mandante únicamente la posesión mediata; para el problema da lo mismo que se trate de una o de otra; en semejante caso, las conclusiones conservan íntegramente su valor, sean cualesquiera las combinaciones que medien en las relaciones posesorias entre mandante y mandatario.

Y lo admitido respecto al caso de aprehensión por el acto ajeno, en todas las teorías es igualmente aplicable al caso de aprehensión material mecánica, por obra de las cosas, es decir, siempre que haya habido una ordenación material con fines de toma de posesión, como, por ejemplo, un buzón de correos, un cepo para animales dañinos, etc. Todos éstos son instrumentos materiales de aprehensión que adquieren la posesión para quien los ha instalado sin que éste necesite conocer la aprehensión de la cosa: ha habido por su parte una voluntad previa suficiente que no requiere predeterminación individual referente a tal o cual objeto en concreto.

20. *De la custodia.*—Iguales soluciones, universalmente aceptadas, nos ofrecen la mayor parte de los casos, al menos, si no todos, conocidos con el nombre de *custodia;* porque hay en ellos lo que pudiera denominarse dominio doméstico del dueño, la esfera material y espacial en que interviene, vigila y ejerce su potestad de dominación. Debido a esto, tiene en principio la posesión de cuanto encierra en su casa, aun de lo que a ella viene sin su conocimiento, como la entrega de una cosa esperada, pero cuya llegada ha ignorado.

Indudablemente, lo mismo habrá que decir de aquellas cosas que se reciben estando el dueño ausente y cuya llegada no haya previsto, a condición de que pueda presumirse en él voluntad general de recibirlas, aunque sólo sea a título de depósito provisional, si de antemano no las ha rechazado; y sabido es que el depósito es productor de posesión. Hemos visto, sin embargo, que hay excepciones a esta regla en ciertos casos de depósito, en los que el dueño de la casa actúa como un simple detentador subordinado respecto al depositante (1). Pero una vez hecha esta salvedad, y suponiendo que el elemento corporal de la detentación se realice únicamente en concepto de *custodia*, siempre que en el dueño haya habido voluntad real o presunta de recibir la cosa entregada, tanto aquellas teorías que exigen, como las que no exigen el *animus possidendi*, reconocerán haber habido posesión realizada jurídicamente.

(1) Véase *supra*, págs. 50 y ss.

Sobre todos estos extremos coincide GIERKE con PLANCK y STROHAL, aun cuando tengan un concepto distinto del *animus* posesorio.

21. *Adquisición por parte de los incapaces.*—Lo mismo ocurre cuando se trata de la adquisición por parte de los incapaces y de la realizada en beneficio de una persona moral. Respecto a los incapaces, GIERKE, conforme en esto con la opinión corriente, no sólo admite que aquéllos adquieren la posesión por medio de su representante legal, en lo que no hay ataque alguno a la teoría del *animus*, puesto que la voluntad del representante sustituye a la del representado; y asimismo que una vez adquirida la posesión por un poseedor que tenga capacidad jurídica suficiente, sin necesidad de representante legal para suplir su voluntad, no se pierde con la desaparición de la voluntad y de la capacidad; sino que igualmente reconoce que si el incapaz, aunque lo sea jurídicamente, como, por ejemplo, el menor de siete años, se apodera por sí mismo de un objeto, sin conocimiento ni autorización de su representante, en materia de posesión habrá que tener en cuenta únicamente la capacidad natural, prescindiendo de la capacidad jurídica (1). Un menor en edad de razón, aunque sin poseer todavía la capacidad restringida (2), recibe, por ejemplo, como regalo un objeto, y toma posesión de él; lo acepta sin autorización de su tutor; claro está que no llegará a ser propietario porque es jurídicamente inca-

(1) GIERKE, *Fahrnisbesitz*, pág. 4, cap. I, n. 4, y *Deutsches Privatrecht*, II, § 115, n. 8.

(2) Si efectivamente se trata de un menor de capacidad restringida, es decir, mayor de siete años, nadie duda que puede con un acto suyo adquirir la posesión; así lo indicaba expresamente el § 800 del primer proyecto, que borró por inútil la segunda Comisión. (Véase PLANCK, III, al ocuparse del § 854-2.)

paz y por sí mismo es imposible que adquiera un derecho de propiedad, aunque sea a título de donación (1). Pero no cabe duda de que adquirirá la posesión, porque hemos supuesto, y así lo han admitido los Tribunales, que está capacitado para querer y discernir, y esto basta para reconocerle una potestad de hecho asegurada y protegida por el derecho: lo mismo ocurre con el incapacitado en los intervalos lúcidos. Soluciones que admiten otros, aun cuando exijan, como condición especial, el *animus possidendi.*

Esto es lo que sucede con DERNBURG, por ejemplo, salvo una distinción de palabras puramente teórica; porque no reconociendo la existencia de verdadera posesión donde no haya una voluntad bastante para asegurar el porvenir, denomina *posesión incompleta*, producto de una especie de *custodia* semejante a la que ya admitía el Derecho prusiano, aquellos casos de detentación puramente física, privados de voluntad consciente de crear y constituir un vínculo jurídico; pero como esta *semi-posesión* está protegida, según él, por los medios ordinarios de defensa posesoria, no se descubre con claridad la diferencia que le separa de los partidarios de la teoría objetiva. A lo sumo, lo único que cabe creer es que las razones que da para fundamentar esta solución pudieran conducirnos acaso a formar la convicción de que debe avanzar más que quienes rechazan el sistema formal de un *animus possidendi*, pues parece reconocer la existencia de una *custodia* susceptible de protección jurídica en beneficio de los menores de siete años; y si esto es así, cabe que afirmemos que no hay para qué preocuparse de la capacidad de hecho, puesto que lo esencial no es la potestad ejercida por el individuo, sino el ámbito de su esfera material y la protección que se

(1) La Comisión del Reichstag quiso, con una enmienda a que aludiremos luego, autorizarles para las adquisiciones unilaterales, es decir, que no implicaban carga recíproca, como las donaciones; esto equivalía a equipararlos en este particular a los menores de capacidad restringida; la enmienda fué rechazada. (*Bericht der Reichstagskommission* acerca del § 101, pág. 24.)

le debe. Una consecuencia como ésta hemos visto que no pueden admitirla los defensores de la teoría objetiva sin reservas y distingos, al menos tratándose de un menor de siete años que se apodera de una cosa y quiere conservarla; esto es sólo un acto que carece de valor desde el punto de vista posesorio, que no es lo que ha querido decir DERNBURG seguramente. Lo único que debemos retener, prescindiendo de fraseología, es que llega a las mismas consecuencias y soluciones prácticas que GIERKE, PLANCK y otros muchos comentaristas (1). Y es posible que sea ENDEMANN, muy preocupado de los efectos jurídicos atribuídos a la posesión y de la relación jurídica que engendra, el único que exija la capacidad jurídica, al menos la limitada o restringida, y no se contente con la meramente natural, para la adquisición de posesión (2). Pero esta exigencia se halla condenada rotundamente en los trabajos preliminares del Código (3); sería igual que si en materia de

(1) DERNBURG, *Bürgerliches Recht des deutschen Reichs und Preussens*, t. III, § 17, n. 9.

(2) ENDEMANN, *loc. cit.*, § 37, n. 8 y ss. En la práctica, esta opinión equivale completamente a negar toda posibilidad de adquirir la posesión al menor de siete años, sin permitir al juez el derecho de apreciar en cada caso si puede el menor de esta edad tener capacidad de hecho suficiente.

(3) Por esto los *Protokolle* de la segunda Comisión, poco después de la frase citada ya en nota (véase más arriba, pág. 60, n. 1) se expresan así: *Auch die aus dem Willenserfordernisse sich ergebende Unfähigkeit rechtlich willensunfähiger Personen zum Besitzerwerbe sei nicht unbedenklich.* [De admitir la exigencia de voluntad, no dejaría de motivar reparos la incapacidad que de ello resultaría para que pudieran adquirir posesión las personas jurídicamente incapaces de voluntad.] Esto nos prueba, no que se quisiera dar por válida como posesión cualquiera aprehensión hecha por un incapaz, sin distinguir más, sino, por el contrario, la negativa a declarar que el infante menor de siete años jamás podía adquirir la posesión. Esto quedaba abandonado a la apreciación del juez. Y el párrafo tomado del informe de la Comisión del Reichstag que ENDEMANN invoca para apoyar su opinión, tiene exactamente este mismo alcance, porque lo que se rechazó fué la plena asimilación del infante completamente incapaz con el menor de capacidad limitada en materia de adquisición. Pero nunca se dijo que cuando no se trate de un acto jurídico, sino de una relación material capaz de producir efectos de esta clase, se privara al juez de facultades para poder apreciar esta relación material, según la capacidad natural,

pérdida voluntaria de la posesión, y una vez realizado el abandono material de la cosa, se reputara inexistente esta pérdida de la posesión, so pretexto de que se fundaba en un acto de voluntad nulo por haberlo realizado un incapaz. Lo mismo tratándose de adquisición que de la pérdida de ella, no puede ser invocado verdadero acto jurídico. Lo que hay que averiguar únicamente es si prescindiendo por completo de la edad del sujeto, el acto meramente conscio basta para fundar un vínculo jurídico permanente merecedor de protección legal. Los efectos jurídicos inherentes a la posesión no están fundados en la voluntad manifestada por el poseedor, como generadora de un derecho; fúndanse en un estado material o de hecho en el que la voluntad interviene como simple elemento material. Y ahí está quizá el interés práctico de más relieve de la teoría subjetiva, porque hace del *animus* un elemento que en el orden posesorio tiene un valor en sí mismo, tal que esta voluntad, en tanto que lo es, constituya la posesión y genere los efectos jurídicos que a ella van unidos. Enfocado así el *animus*, se convierte efectivamente en una voluntad de apreciación posible conforme al patrón de la capacidad jurídica. Pero si la posesión es únicamente una relación material o de hecho en que la voluntad puede desempeñar una función, pero sin valor propio y distinto en orden a la producción de efectos jurídicos, no hay para qué dar intervención a la idea de capacidad jurídica; basta

---

en vez de exigir la capacidad jurídica. La inadmisión de la enmien-
da presentada hubo de apoyarse también en el hecho de que si la
cosa entregada a un niño en donación y que él no hubiera podido
adquirir en tal concepto, se le arrebataba irregularmente, podía
hallar amparo suficiente en las acciones posesorias, porque al me-
nos la capacidad de hecho de que disfrutaba, produciría para él la
adquisición de la posesión. Se alegó desde luego de contrario que
podía impugnarse esta solución; pero la invocación de esta contin-
gencia no bastó a la Comisión para creerse obligada a resolverla
legislativamente, ni le pareció que hubiera probabilidad seria de dis-
cutir este punto. (*Bericht der Reichstags-Kommission*, § 101, pági-
na 24.) El pensamiento dominante en los autores del Código civil
sobre el particular es manifiesto por la opinión de la mayoría.

con la capacidad de hecho, aun en los casos en que haya que tomar en consideración la voluntad.

Esto aparte de que ENDEMANN está casi solo. De modo que podemos afirmar que, con ligeras variantes, están de acuerdo sobre los precedentes puntos lo mismo los adversarios que los defensores de la teoría objetiva; y por consiguiente, lo están al tratar de los casos corrientes y más importantes.

* * *

22. *Teorías y doctrinas acerca de la cuestión del "animus possidendi"*.—Puesto que, poco más o menos, todos están de acuerdo acerca de estos casos que hemos excluído, veamos ahora cómo se presentan las discrepancias doctrinales, y el terreno en que hay controversia; y así que expongamos con toda amplitud esto, será más fácil adivinar, para concluir, todo su alcance práctico.

Hemos visto ya cómo se formulan las dos opiniones acerca de la relación puramente teórica.

La primera, calificada de *objetiva*, no erige a la voluntad posesoria en requisito especial del acto de la posesión, ni hace de ella un elemento indispensable por sí mismo que haya de existir independientemente del hecho de una potestad externa; no hay para ella en la posesión dos elementos distintos, *corpus* y *animus;* sólo hay uno, la potestad material o de hecho, siquiera en la proporción en que sea necesario este *animus* para exteriorizar o realizar la potestad posesoria, habrá que tomar en cuenta, naturalmente, pero no más que en este aspecto, el factor intencional y subjetivo.

La segunda opinión, sin decir que en el nuevo Derecho alemán, como en otro tiempo en el Derecho romano, hay aún en materia posesoria dos factores o elementos esenciales y distintos, *corpus* y *animus*, afirma que al definir la posesión como dominación sobre la cosa se quiere indicar con ello que se trata de una potestad querida y cons-

ciente; porque de otra suerte no habría potestad verdadera, sino un simple contacto material sin valor jurídico alguno. Y lo que con esto parece que se quiere decir es, no sólo que se cree imposible realmente imaginar casos de ejercicio de potestad material que no correspondan a fin alguno intencional por parte de quien ejercita esta potestad de hecho, sino que el legislador alemán se propuso seguir esta doctrina, y preceptuar que no puede haber señorío verdadero sino cuando hay conciencia y voluntad conformes en ejercitarlo. Si efectivamente se tratara de una opinión de los intérpretes, formulada en el campo de los hechos, sería discutible, y engendraría una crítica nueva y un análisis más profundo. Si los autores que defienden la teoría subjetiva se limitasen a afirmar que no puede existir verdadero señorío sin intención conforme en el que lo ejercita, cabría volver a la idea de señorío corporal para investigar si el concepto que de ella dan, y el carácter absoluto que le atribuyen, comprenden verdaderamente la universalidad de los casos posibles; y acaso nos encontráramos con que en la práctica pueden ocurrir casos de una potestad muy manifiesta, aparente e intensa, sin voluntad especializada de ejercerla. Ambas teorías diferirían sólo en la apariencia, y para que pudieran llegar a coincidir en el campo de los principios bastaría con admitir una más amplia libertad de apreciación en lo referente al análisis de la potestad material y al examen de los casos en que se realiza. Acaso pudieran hallarse en discrepancia, según sus tendencias respectivas, en ciertas aplicaciones concretas; mas, en el fondo, el principio sería el mismo.

Pero si quiere darse algún sentido a la discrepancia de las doctrinas es preciso comprender de otra manera esta oposición de principios: hay que concebirla como basada en algo más que una mera diferencia de apreciación respecto al análisis de los supuestos casos. Lo que necesariamente se ha tenido que querer decir es que el mismo

legislador ha estatuído un concepto de la potestad de hecho inseparable del elemento subjetivo, de tal manera que no hubiese jamás, legislativamente, potestad material equivalente a posesión, sin voluntad de ejercitarla; todo ello, aun cuando los conceptos dominantes ofrecieran una noción distinta de esta relación económica, y susceptible de darse en la práctica, por lo menos excepcionalmente, con independencia del *animus*.

El legislador alemán, por esta vez, hubo de infringir —se dice—su criterio constante, y en una materia que es exclusivamente del dominio de los hechos y de la práctica dió un concepto imperativo y declarado invariable sobre una simple relación de hecho. Y esto no puede menos de sorprender a primera vista en una legislación que ha erigido casi en dogma el que los conceptos doctrinales deben quedar sometidos a la apreciación del juez y al progreso científico y no ser objeto jamás de definiciones legales.

Mas sea lo que quiera acerca de estos matices y aun cuando esta teoría conduzca a convertir el *animus* en un factor indispensable de la posesión, como en Roma, ofrece, sin embargo, una diferencia perceptible con el concepto, más o menos exacto por otra parte, atribuído al Derecho romano, del doble factor paralelo *corpus* y *animus;* teoría en la que el segundo se nos presenta como un elemento de voluntad constitutivo de un vínculo equivalente a una relación jurídica, por los efectos que produce; de suerte tal que la posesión aparece como una de tantas creaciones jurídicas cuyo fundamento está en una declaración de voluntad: si esto fuera así, se comprendería que ENDEMANN exigiera lo que exige a este acto de voluntad, y que lo sometiera a los requisitos ordinarios de validez de dichas declaraciones, aplicando a él, entre otras, todas las normas más o menos ficticias de la capacidad jurídica.

23. *La nueva modalidad de la teoría subjetiva y el § 854.*—Pero faltaba que adoptaran el mismo punto de vista los demás partidarios de la teoría subjetiva, como GIERKE,

por ejemplo; de ser así, no podría explicarse el silencio del § 854 respecto al *animus possidendi* y las declaraciones expresas de la segunda Comisión al explicar por qué no alude directamente a este factor que se querría erigir en requisito especial, de índole tan exclusivamente realista y material como la misma potestad de hecho. GIERKE, con razón, no lo hace; y si exige el *animus*, es como manifestación única de la potestad material. Así explica él que no hable de ello el § 854; el elemento intencional está implícitamente comprendido en el concepto de señorío o potestad y habría peligro de falsear toda la teoría posesoria en hacer distinción separada de él. De modo que, no siendo más que un elemento de hecho, como el mismo contacto material, hay que tomarlo en consideración como tal hecho y no como una declaración de voluntad productora de derecho y estimada en el aspecto jurídico y por su valor en derecho. Ahora se explicarán las discrepancias entre las opiniones de GIERKE y ENDEMANN en punto a la capacidad. Pero al hacer del *animus* un simple factor de hecho, con igual alcance que la propia detentación, lo que quiere decirse es que esta última no consiste sólo en el simple contacto físico, sino que se ha convertido en una potestad real del hombre sobre la cosa, y que en tanto que es conscia y querida, y sólo entonces, esta potestad real es tomada en consideración por la ley; ésta es, pues, la que exige el *animus* como manifestación de un poder digno de protección jurídica.

Tal es la teoría subjetiva en su nueva forma, no en el sentido de la teoría clásica de los romanistas, sino como expresión de los conceptos realistas del derecho de posesión moderno, armonizada con los textos y los trabajos preliminares del Código civil alemán.

He dicho ya cómo se explica, según esta opinión, el deliberado silencio del § 854 acerca del elemento subjetivo de la posesión: es que hubiera sido peligroso, hemos visto el por qué, mencionar expresa y distintamente el *animus*, no tratándose de uno con fin y objeto diferente de la potestad real misma; porque no se trata, como en el concepto clásico, del ejercicio de un señorío corporal por una parte y de afirmar un derecho por otra, que constituirían dos cosas distintas: se trata de *querer ejercer* la potestad que *es ejercida;* se trata de una voluntad enderezada al hecho, no en contemplación al derecho; que no afirma derecho alguno especial, sino que se limita a la conciencia del hecho. La voluntad que al poseedor se exige, y a esto se había llegado con la teoría de JHERING, no es más que la conciencia de la potestad material que se ejerce. Pero si la relación de dominación exterior sobre la cosa, una vez constituída y adquirida, se conserva objetivamente y con independencia de la conciencia que pueda haber de ella, es imposible adquirir ni siquiera externamente señorío alguno sobre una cosa si no hay consciencia de ser dueño de ella: el factor inicial de la potestad sobre las cosas consiste en el hecho de querer ser su dueño: axioma jurídico de que no tenía para qué hablar el § 854, y que hubiera sido peligroso recordar a causa de los equívocos jurídicos y de los recuerdos de la concepción clásica.

24. *Referencia al § 867.*—Por otra parte, alégase otro texto del Código civil alemán, el § 867, que claramente implica el que no basta para adquirir la posesión el solo hecho de una potestad aparente; y se trata del caso de un objeto mueble que accidentalmente se introduce en un inmueble ajeno. Tomemos, por ejemplo, el caso de un animal doméstico que huye de la casa de su dueño para penetrar en la del vecino; el de las maderas que son conducidas flotando por un río y que éste arroja sobre una de las orillas y deposita en un predio particular ribereño; el del sombrero de un transeúnte que el viento arrebata y arroja por encima de un seto a un fundo frontero.

En todos estos casos el objeto llevado al fundo ajeno parece hallarse a cubierto en el ámbito de lo que he denominado imperio de la vigilancia doméstica, de lo que

los romanos llamaban *custodia* del dueño; y esto debiera bastar para colocarlo bajo la potestad de hecho del poseedor del inmueble. Y añádese que si desde luego bastara por sí misma esta potestad de hecho para adquirir la posesión, en todos los casos citados hubieran entrado estos objetos en la posesión del dueño del fundo, aun sin su conocimiento, y con independencia de todo acto suyo voluntario. A pesar de ello, el § 867 demuestra no ser así, por cuanto, según él, cuando este objeto no ha llegado a entrar en la posesión del poseedor del inmueble, se reconoce a su poseedor derecho a exigir del dueño del fundo que éste le permita entrar en él para buscarlo y recogerlo. Por consiguiente—se dice en conclusión—, la *custodia* del dueño por sí sola, aunque este vínculo, aparente al menos de vigilancia doméstica, constituya un señorío corporal verdadero, no basta, sin más, para que se adquiera la posesión.

Y este ejemplo precisamente, que he tomado del mismo Código civil, nos muestra el punto exacto de divergencia entre las soluciones. Hemos visto que el traslado de un objeto a casa ajena, el colocarlo en cierto modo bajo la *custodia* de otro, basta para darle la posesión, cuando es esperado en dicha casa, o, de una manera general, cuando el objeto pertenece a la clase de los que se reputa son aceptados voluntariamente, aunque sólo sea en concepto de depósito provisional, incluso no habiendo sido previstos o designados especialmente. Pero por lejos que llevemos esta presunción o ficción de voluntad, habrá siempre un límite que no podrá ser salvado sin incurrir en inverosimilitud; caso, que es el del § 867, de unión puramente fortuita de una cosa a otra, el del traslado, accidental sólo, de un objeto sobre el fundo ajeno. Otro tanto puede decirse de la cosa que subrepticiamente introduce un ladrón en nuestro bolsillo para evitar ser cogido con el cuerpo del delito. En este caso no puede admitirse que se nos repute aceptantes voluntarios, aunque sea a título de simple depósito, y que se haga intervenir en ello simultáneamente nuestra responsabilidad y nuestra obligación de vigilancia sobre todo aquello que sin nuestro conocimiento penetrara en el ámbito de nuestra esfera de detentación personal. El § 867 nos prueba de un modo evidente que no hay adquisición de posesión en estos casos de unión accidental; importando muy poco que la razón de ello haya que buscarla en una ausencia manifiesta de voluntad o en otra causa más objetiva.

Estas soluciones del § 867 las explican los partidarios de la teoría subjetiva, únicamente por la ausencia de voluntad y la imposibilidad evidente de referirse a una presunción de ella. Prueba esto, por consiguiente—dicen—, que donde no hay voluntad presunta ni real no puede haber posesión.

25. *Hipótesis intermedias en materia de "custodia".*— Pero es que hay otros casos intermedios en materia de *custodia*, respecto a los cuales puede surgir duda, y que constituirán precisamente la zona fronteriza en que han de concentrarse los principales intereses prácticos de la controversia.

Cuando el objeto se coloca en contacto material con el fundo ajeno de un modo exclusivamente accidental, cuando es un ladrón quien deposita en el ámbito posesorio ajeno la cosa robada, no sólo protesta el buen sentido contra la idea de atribuir, ni siquiera presumir, intención de aceptar el depósito provisional por parte de quien, sin su conocimiento, y a causa de tan insólito proceder, va a tener la cosa bajo su guarda; sino que las costumbres, las opiniones dominantes y todos los conceptos ambientes rehusan hacer de este detentador a la fuerza el señor efectivo de la cosa.

No obstante, sin llegar a estos límites extremos, hay multitud de casos dudosos e intermedios. Hay casos, por ejemplo, de depósito en que éste existirá mediante procedimientos que, considerados en un solo aspecto, desde el punto de vista de quien recibe la posesión, ofrecerán la

apariencia completa de una adquisición normal, y que, sin embargo, vistos por el otro lado, con respecto al receptor de la cosa, resultará tan inverosímil como en los casos examinados en el § 867 admitir siquiera la presunción de intencionalidad de recepción, ni aun en el concepto puro y simple de custodia provisional. Supongamos un heredero que halla un testamento en el que se lega un objeto a una persona cualquiera que ignora la existencia de tal testamento; el heredero, que erróneamente supone al legatario advertido y aceptante, se lo envía hallándose el beneficiario ausente, y queda sin su conocimiento depositado el objeto en su casa. No se trata siquiera de cosas que puedan ser incluídas entre las compras usuales y procedentes de un abastecedor, de esas que en todo tiempo pueden presumirse pedidas y ser recibidas sin perjuicio de rechazarlas en caso de equivocación. Supongamos que no haya equivocación posible. El objeto no procede de un abastecedor, sino de un desconocido; no pertenece a las cosas corrientes que habitualmente son compradas; el portador no puede dar noticia alguna precisa ni tiene más instrucciones que las de hacer entrega en nombre de su amo. Los que lo reciben carecen de instrucciones del dueño de la casa sobre el particular y suponen que se trata de una cosa acerca de la que se ha hablado con anterioridad y permiten que provisionalmente sea depositada. Hasta puede ocurrir que, en la ausencia del dueño de la casa, no haya nadie en ella que la custodie y que sea el portero, que tiene las llaves, quien reciba el objeto y lo deposite en el piso a que va destinado. Ignórase si el legatario, desconocedor aún del testamento, aceptará el objeto: nada se sabe, ni el legatario sabe nada tampoco todavía. Acaso el legatario sea un desheredado, a quien se haya reducido a recibir tan sólo un legado insignificante que, despechado, quiera rehusar. El depósito de este objeto, cuya existencia ignora, equivale para él, en rigor, a aquellos contactos accidentales previstos por el

§ 867, que no entran en la posesión jurídica del propietario sino cuando éste es conscio. Imposible suponer la menor aceptación voluntaria de posesión antes de que el legatario conozca el depósito del objeto si examinamos la cuestión desde el punto de vista del beneficiario y tomamos en consideración el elemento subjetivo. Es un caso análogo al del objeto introducido en su bolsillo sin su conocimiento y que, a juicio de todo el mundo, no puede bastar por sí solo para engendrar posesión. Y sin embargo, si examinamos la cuestión, no en orden a la intención eventual del detentador respecto a *custodia*, sino considerando la forma de la entrega y de introducción en el ámbito de su custodia propia, no pueden relacionarse estos casos de remisión normal por parte del que entrega la posesión con aquellos otros de traspaso anormal de la detentación corporal, tan irregulares para el antiguo como para el nuevo detentador. Ateniéndonos a un concepto puramente objetivo de la posesión, con independencia de todo lo relativo a intención, pudiera, por tanto, sostenerse que en casos semejantes hay verdadera posesión.

No admitirían esto, seguramente, los partidarios de la teoría subjetiva. Si son lógicos, a lo menos, con su punto de partida, habrán de reconocer que allí donde no quepa presumir voluntad, tampoco cabe presumir posesión.

He aquí, pues, el punto preciso en que surgirá la disparidad entre las dos opiniones. Pero ahora puede verse con claridad cómo se formulan los dos sistemas en los tres aspectos que conviene examinar; concepto doctrinal, textos legales, y, por último, consecuencias prácticas.

26. *Apreciación de la teoría subjetiva.*—Esta es la tesis. Creo, sin embargo, que ajena completamente al nuevo Código civil alemán, y sobre todo, y esto es lo que atribuye importancia al problema, completamente extraña a la esencia de la teoría posesoria moderna.

Efectivamente, en mi opinión, es falso atribuir a la posesión los postulados de la teoría clásica en lo que res-

pecta al derecho subjetivo. Aun cuando en ciertos respectos sea discutible, reconozcamos que la adquisición de todo derecho subjetivo exige un acto de voluntad y se funda en una manifestación de la voluntad individual. Por opinable que sea este postulado formulado de manera tan absoluta, no es cierto sino al tratar de fundar la legitimidad del derecho independientemente de toda apariencia externa.

Y precisamente la posesión tiene por objeto la consagración jurídica de una situación externa de hecho, tal como se presenta en cuanto hecho social para la colectividad respecto a la cual aparece, con independencia de lo que pueda querer o pensar aquel a quien este hecho se le atribuye.

La posesión es la consagración que el derecho hace de una simple apariencia de hecho; y por consiguiente, la cuestión no es averiguar, desde el punto de vista puramente individualista, lo que quiere y piensa el beneficiario de esta relación material y aparente, sino lo que piensa de él la colectividad a que pertenece como miembro, el pequeño grupo social cuya solidaridad debe reconocer. Y el derecho, ante todo, nace para consolidar y consagrar lo que aparece como producto necesario de los vínculos de solidaridad que unen a los hombres entre sí, independientemente de lo que puedan éstos querer cuando intentan desprenderse y apartarse de este conjunto de relaciones complejas, variadas y jerarquizadas que los abarcan.

Esta definición, o más bien esta concepción, implica, por lo tanto, un estado que en sí es puramente objetivo, es decir, que existe únicamente por la materialidad de los hechos, con abstracción de lo que pensar pueda aquel a quien se le atribuye. Existe, en efecto, objetivamente un estado de opinión que es independiente del pensar y del querer de aquel a quien se refiriere. En materia de impresiones formadas por los demás y conformes con un concepto colectivo o consagrado por el uso, la persona que es objeto de ellas

no puede modificarlos a su antojo, pues su voluntad carece de eficacia para ello. Indudablemente, en la mayor parte de los casos, según hemos visto, para fundar la opinión que se forme acerca de su relación con la cosa, se tomará en consideración la voluntad jurídica del poseedor; pero esto obedece a que el señorío que se le atribuye depende de una manifestación externa y aparente de voluntad por su parte. No se busca su voluntad íntima y efectivamente subjetiva, sino la declaración objetiva que hace de su posición con respecto a la cosa. Y esta actitud que toma él es la que se considera como elemento de hecho y material, sin necesidad de tener en cuenta si semejante actitud corresponde o no a lo querido realmente por él.

O sea que el *animus* del poseedor no tiene valor sino como un hecho objetivo requerido por la opinión para asignar a otro el señorío de la cosa; que por sí mismo carece de valor, y por consiguiente, que sólo es tal en tanto que ese elemento intencional, o mejor dicho, el análisis a él referente, es verdaderamente indispensable en orden a la impresión externa que produzca para fundamentar esta asignación de un señorío objetivo de la cosa.

De esto pueden deducirse consecuencias muy señaladas. Primeramente, la de que no hay para qué ocuparse de la realidad verdadera y subjetiva del elemento intencional, dondequiera que deba ser tomado en cuenta. Las apariencias son suficientes; y en todo caso y muy especialmente donde él dependa del título jurídico fundamento de la posesión, encarnará en esta *causa possessionis* y no habrá que preocuparse de averiguar si este título es o no válido como acto jurídico; lo que hay que investigar es la voluntad que revela, no los efectos jurídicos que pueda producir.

La segunda consecuencia es ésta: que si ocurriera que el señorío de hecho, conforme a los usos y las circunstancias, puede existir independientemente de cualquier elemento intencional atribuído al poseedor, y en la propor-

ción en que realmente fuera posible, podríamos prescindir del *animus detinendi.*

27. *Psicología colectiva de la idea de posesión.*—Prescindamos ahora de abstracciones y veamos, mediante ejemplos concretos, la aplicación de las ideas que acabamos de exponer.

Ante todo, he dicho que el *animus* aparente del poseedor se exigía principalmente allí donde el hecho material por sí mismo fuera insuficiente para fundar un verdadero señorío de la cosa; y con este motivo he puesto ejemplos que no hay para qué repetir. Lo único que puedo decir es que esta idea explica naturalmente el precepto del § 867 del Código civil alemán, sin que veamos en él la consagración oficial de la teoría subjetiva.

En efecto; si tratamos de un estado de opinión, para fijar la situación económica y social de un individuo respecto a las cosas del mundo exterior, el sentir general no se satisface, por lo común, con examinar el vínculo actual fundado en una conexión material del hombre con el objeto que detenta; antes que nada busca el origen de esta relación y no la juzga susceptible de protección jurídica sino cuando pertenece a aquellas que constituyen real y no ficticiamente un señorío independiente de la cosa, aparte de toda cuestión acerca del fundamento jurídico. A primera vista, indudablemente, del hecho de la simple conexión y de que el objeto se halle, por ejemplo, en el ámbito del poder doméstico perteneciente a alguien, presume que estas relaciones superficiales envuelven una potestad verdadera sobre la cosa; pero hasta el momento que aquel a quien asigna esta actitud no la confirma por la posición personal que tome respecto a la cosa misma, acoge aquélla a beneficio de inventario. En el orden social no gustan las situaciones equívocas: es preciso que todos adopten una posición respecto a las cosas que de ellos dependen y se hallan a su alcance. Por consiguiente, si aquel de quien éstas dependen desmiente la actitud a él atribuída y fundada en apariencias someras, se derrumba inmediatamente la presunción de señorío; se desea averiguar la posición neta adoptada, la cual posición, una vez encarnada en el modo de entrar en posesión, en la *causa possessionis,* no admite cambios motivados por una simple variación caprichosa de la voluntad. Puede decirse que éste es el análisis de los conceptos corrientes sobre la posesión, y lo que yo llamaría *psicología colectiva de la idea de posesión.*

Por consiguiente, si la relación del hombre con la cosa ha sido originada por un mero accidente, la opinión se niega a reconocer que pueda constituir un verdadero señorío de la cosa. Esto sucede en el caso de la ráfaga de viento que arrebata el sombrero al transeúnte y lo lleva al inmueble ajeno. Ninguno de los testigos de este accidente dirá que el dueño del inmueble ha adquirido la cualidad de dueño de hecho del sombrero. Esa es la verdadera significación del § 867: no tiene otro alcance; deja a un lado los casos en que el hecho de una relación puramente física y material, aun cuando sea de tal naturaleza que revele la *custodia* de otro, fueran, sin embargo, insuficientes para cimentar el señorío de la cosa.

Para que externamente haya una relación de utilización de la cosa por el individuo, y por consiguiente, consagración colectiva de la apropiación económica atribuída, es preciso a lo menos que la relación que la coloca bajo su dependencia haya sido objetivamente organizada y conducida; de tal suerte que no pueda tener otro dueño que aquel con quien exteriormente está unida. Que la relación que los enlaza sea tal, que si no fuera consagrada por el derecho no habría que hacer otra cosa sino declararla vacante y abandonada, solución extrema que sólo en último término es admitida.

He añadido, en segundo lugar, que dondequiera que se exija el *animus* como elemento de hecho del señorío ajeno, lo que se requiere es el *animus* aparente y puramente objetivo, no la intención verdadera del poseedor. Esto

es lo que con frecuencia se suele decir al hablar en casos semejantes de *intención presunta,* siquiera esta frase me repugne un poco porque parece dar a entender que para rechazar la posesión cabe permitir de contrario la prueba de la falta de *animus*. Cuando lo que debe decirse es que objetiva y necesariamente el *animus* atribuído al poseedor es el que las circunstancias le reconocen.

Supongamos, por ejemplo, el caso de un comprador que espera recibir una mercancía, y que al serle entregada observa que no es la que compró y, en vez de rechazarla en el acto que la recibe, aplaza un poco la devolución. Realmente no ha querido recibir la cosa entregada; sin embargo, por el hecho solo de no haberla rehusado inmediatamente hay aparente aceptación y esto basta para que se le atribuya el señorío de hecho.

Ultimamente, en tercer lugar, he agregado y éste es el punto sobre el que prácticamente recaen las discrepancias que dividen a las dos teorías, que, por el contrario, existirá señorío de hecho, sin más condición subjetiva, cuando aquél pueda fundarse con independencia de toda investigación de intencionalidad. Vemos, pues, que éste es un concepto puramente objetivo, radicalmente objetivo, de la posesión.

28. *Cabe admitir una potestad de hecho bastante para que sin "animus possidendi" pueda fundarse en ella la posesión.*—Nos queda por averiguar ahora si pueden existir casos en que se reconozca la idea de una potestad de hecho existente en realidad sin más investigaciones acerca de la intención.

Hay muchos autores que lo dudan así a primera vista; aun cuando yo opino que sí, de atenerse, a lo menos, a las apariencias externas y a la idea que tiene la opinión ambiente acerca de las relaciones de hecho existentes entre el individuo y la cosa.

He insistido ya lo suficiente acerca del hecho de que la opinión tomaba en cuenta el origen de estas relaciones de conexión entre el hombre y la cosa; y no cabe duda de que

aquélla acepta los hechos en lo que son y reconoce o admite las apariencias tal cual las generan los interesados. Tanto es así, que cuando alguien adopta la actitud de propietario y afirma de esta suerte su derecho, para reconocerle la potestad sobre la cosa nadie le exige justificación de esta actitud ni que presente los títulos de propiedad; de lo contrario, se confundirían el derecho y el hecho. Esta es la razón de que en el aspecto posesorio se coloque al ladrón en el mismo plano que el propietario, no porque sea un ladrón, cosa que el público ignora, puesto que el mismo interesado protesta contra el robo al titularse propietario, sino precisamente porque el ladrón se atribuye el carácter de este último y obra como tal.

Sólo siendo esta actitud equívoca, y para juzgar de la relación de hecho que une al individuo con la cosa, es cuando la opinión trata de averiguar por qué título posee y cuál es el origen de su posesión. No se trata tampoco de hacer constar la legitimidad del título; se trata de *caracterizar la intensidad,* si se puede expresar así, *de la posesión misma* por los derechos que el poseedor se atribuye. No es la legitimidad de una actitud jurídica lo que se discute; es su intensidad de dominación con respecto a la cosa, y por el título a virtud del cual se ha empezado a poseer es por donde con más frecuencia podemos enterarnos únicamente.

Por eso la opinión general, para aceptar la idea de una dominación verdadera, no se conforma con un contacto puramente accidental; quiere que esta dominación haya sido preparada, dispuesta y organizada. El hecho es éste. Ahora bien; si esto es así, síguese que la cuestión es una cuestión puramente de hecho, pues se reduce a averiguar si puede existir una potestad organizada y dispuesta ignorándolo el que va a ejercerla.

A mi parecer, nada hay más verosímil. Supongamos un comerciante que acostumbra a recibir mercancías en sus almacenes. En su ausencia le envían objetos que no ha pedido; para la opinión dominante, encarnación de los

usos establecidos, esta entrega ¿no tiene los mismos caracteres externos que un envío que hubiera solicitado y esperado el referido comerciante?

Sé perfectamente que muchos autores, ENDEMANN entre ellos, suponen en este caso la existencia de una relación de posesión por la presunción de voluntad que va unida a la *custodia* misma. Pero ¿qué se quiere decir exactamente con esto? ¿Quiere decirse con ello que para el público la *custodia* constituya el fundamento aparente de una recepción voluntaria? Esto es volver en otra forma, y al amparo de una ficción inútil, a la tesis objetiva que sostengo de que se debe admitir una posesión resultante pura y simplemente de los usos generales y de conceptos formados por la gente sobre la relación de dominación originada por el solo hecho de entregar un objeto sin que sea rechazado. ¿Se quiere decir, por el contrario, que la presunción deba buscarse, no en lo que aparece exteriormente, sino en lo que ha debido querer quien tiene la cosa bajo su *custodia*, por ser su voluntad la que ha producido estas apariencias? Esta es la fórmula de los partidarios de la teoría subjetiva. Indudablemente, el comerciante que en su ausencia recibe una mercancía inesperada no está en la misma situación que el que hallándose presente recibe mercancía distinta de la que había pedido. Este tiene todas las apariencias del que acepta. Importa poco que devuelva el objeto inmediatamente. Se conduce por lo pronto como si aceptara, y esto basta. Y, por otra parte, si inmediatamente protesta y se niega a conservar la cosa, lo que rechaza es el derecho, no la posesión, puesto que acepta un depósito provisional, y el depósito genera posesión.

La situación del que se halla ausente al llegar la mercancía que no ha pedido ni esperaba es algo distinta de la del anterior. No obstante, se declara que un comerciante que habitualmente abre sus almacenes para las mercancías que se le envían, ha hecho de ellos, por una especie de declaración tácita irrevocable, un a manera de almacén y un

lugar de depósito que se ofrece como tal al público, de forma que si no se aviene desde luego a conservar definitivamente los objetos que se le envían, acepta al menos el conservarlos en depósito provisional. Esta es la explicación de ENDEMANN.

Demos por supuesto, sin embargo, que anticipadamente este comerciante haya escrito manifestando que no aceptará el objeto que se le anuncia. En este caso ha expresado intención formal de no llegar a ser poseedor; no solamente no acepta la propiedad, sino que incluso rechaza el depósito provisional. Es, v. gr., un librero que rehusa recibir en depósito un libro, porque sabe que sus tendencias disgustarían a su clientela. El paquete fué enviado antes de recibir su carta; llega en su ausencia; sus empleados no han sido advertidos. El paquete es depositado en poder de su destinatario. Indiscutiblemente es imposible aquí hablar de una voluntad, aunque sea presunta, de toma de posesión por parte del principal por razón de *custodia;* a menos de llevar a ello un factor de ficción en materia que no lo consiente de modo alguno. En otro caso, llegaríamos a reconocer, coincidiendo casi con el concepto de ENDEMANN, que todo acto de iniciación en la *custodia* de otro es comprendido entre los supuestos de voluntad presunta y casos tácitamente previstos de aceptación de posesión. Cuantos tengan un ámbito más o menos extenso sometido a su vigilancia doméstica admitirán anticipadamente que, sean cualesquiera los objetos que se hallen al amparo de esta supuesta vigilancia, y sea cualquiera también la manera en que hayan sido colocados en ella, por este hecho solo serán poseídos por él, a lo menos en el sentido de que a falta de un derecho de propiedad o de disfrute en lo que les concierne, como mínimo haya aceptado el depósito provisional; y como esta voluntad sea irrevocable por el hecho de encarnar en una disposición externa resultante de la misma *custodia*, mientras subsista esta disposición es imposible substraerse por anticipado

(usando de una negativa o de una protesta puramente verbal) a las consecuencias de esta voluntad, una vez declarada tácitamente. Para substraerse a ella habría que oponerse a la entrada de la cosa y, por consiguiente, a que penetre bajo el amparo de la *custodia*. La protesta verbal, sin más, carecería de eficacia; a la manera, por ejemplo, del caso de simple detentación doméstica o subordinada, en que ocurriría igual con la voluntad, verbalmente expresada, de erigirse en poseedor independiente, sin acto alguno de liberación externa que realizase esta independencia.

Por mi parte, no creo que pueda atribuirse un efecto tan general y absoluto a la idea de *custodia;* el mismo § 867 del Código civil alemán protesta ya contra una generalización semejante; para él, el hecho solo de colocarse un objeto en contacto con el inmueble ajeno no le hace entrar en la posesión del dueño de éste. No es, naturalmente, que se confunda este contacto con aquel ámbito doméstico de vigilancia que para cada uno constituye el dominio de su *custodia;* no entra en la mía el sombrero del transeúnte que el viento arrebata y trae a mi fundo. Pero si el sombrero, por un accidente, entra en mi casa, cabrá aplicar el criterio de distinción del § 867 y quedará bajo mi *custodia*. Este es el caso, por ejemplo, de penetrar casualmente por mi ventana abierta la pelota de un jugador de *tennis;* entraría en mi *custodia*, desde luego, y sería inverosímil que no aplicáramos el criterio del § 867 y me convirtiera yo en poseedor.

Con la sola discrepancia de ENDEMANN, todos los autores me niegan la posesión de los objetos que los extraños dejan en mi vestíbulo, y ENDEMAN se pronuncia por la misma solución respecto a los que son dejados a la vista de su dueño. La *custodia* del amo sigue ejercitándose directamente, al amparo de la *custodia* más remota del dueño de la casa. Esta distinción ha sido ya combatida por nosotros (1).

(1) Véase *supra*, pág. 52, n. 2.

La dependencia de un restaurante vigila y es responsable tanto de los objetos que he depositado y colgado en la percha que tengo a la vista, como de los que he dejado en el vestíbulo a la entrada del comedor. En ambos casos es igual la *custodia* del propietario, y en uno y otro hay que otorgar o rehusar la posesión al dueño de la casa.

Finalmente, todos me niegan la posesión del objeto que un ladrón introduce furtivamente en mi bolsillo, cuando se halla a punto de ser detenido. Y, sin embargo, en materia de *custodia*, ¿cuál más personal y directa que la vigilancia y guarda que ejerzo sobre los objetos que llevo conmigo?

29. *Ventajas de la teoría objetiva a este respecto.*—Por consiguiente, es inadmisible el reconocer al dueño de la casa la voluntad de tener en su posesión jurídica cuanto se lleve a aquélla o penetre en sus bolsillos, cualquiera que sea la forma en que esto se realice. Pero de todas suertes, si suponemos que ha tenido esta voluntad, no es en ella en lo que se fundan, sino en la idea que se forma la opinión pública de la potestad ajena, según la manera de proceder el dueño con las cosas situadas bajo su *custodia*, y a falta de una cierta actitud personal de aquél con arreglo al procedimiento por virtud del cual dichos objetos han entrado en su custodia.

Pero entre estas vías o procedimientos distínguense aquellos de carácter puramente accidental, de los que revisten formas regulares y normales correspondientes a los modos habituales de toma de posesión. La entrega realizada por un tercero en la forma en que usualmente suelen hacerse éstas constituye para el público un proceso normal de entrada en posesión, cualquiera que sea la actitud que el destinatario tome por anticipado. Carecen de valor objetivo y se consideran inexistentes respecto a extraños, en punto a la posesión, porque son desconocidos para el público, la previa negativa a recibir el objeto y la protesta verbal por parte del destinatario. Lo intere-

sante en estos casos es que no sea furtivo o accidental el hecho de la entrada en posesión, sino preparado, conducido, organizado, en una palabra, realizado por un procedimiento normal, semejante a cuantos en opinión general sirven para afirmar la entrada en posesión. Y ante estos hechos, es completamente indiferente el que el destinatario haya o no previsto y querido la posesión. De modo que para los que no aceptarían un fundamento tan frágil como la voluntad irrevocablemente presunta resultante del hecho único de la *custodia*, la prueba de que faltó por completo voluntad real en el momento de la entrada en posesión continúa siendo un hecho que por sí mismo carece de influencia para su adquisición, puesto que en la relación externa y en su materialización el ingreso en la misma se realiza por una vía objetivamente normal.

Consiste, pues, el mérito de la teoría objetiva, por una parte, en substraerse a las consecuencias restrictivas que acaso pudiera deducir el sistema contrario, tanto en el supuesto de incapacidad como en materia de *custodia*. ENDEMANN, uno de los más autorizados representantes de esta teoría subjetiva, llega en materia de incapacidad a soluciones rigurosas, que no acepta ninguno de los que como él se mantienen en el concepto subjetivo. En cambio, por medio de una ficción de voluntad, inadmisible completamente en materia de *custodia*, elude las consecuencias restrictivas que pudieran quedar sin respuesta para los partidarios de su propio sistema. En el terreno subjetivo, tanto de un modo como de otro, hay que llegar a conclusiones extremas y enojosas, así en materia de incapacidad como de *custodia*, o quizá en ambas a la vez; y a fin de evitarlas en uno y otro terreno, es necesario crear todo un aparato artificial de ficciones insostenibles, que no viene a ser otra cosa que la confesión paladina de la deficiencia del punto de vista subjetivo o, por lo menos, de cuanto en él hay de radicalmente falso y contradictorio; en realidad, se acude en el fondo a los elementos objetivos, si bien envolviéndolos ficticiamente con una presunción artificial de voluntad. Prescindamos, pues, de una vez para siempre de este sistema de presunciones, de ficciones y de símbolos y atengámonos a la realidad de los hechos; y en este terreno, y dejando a un lado cualquier falsa idealización, el elemento objetivo es el único que entra en juego.

30. *Preferencia que merece la teoría objetiva en punto a los intereses prácticos.*—De modo que podemos afirmar, y hay que reconocer en orden a los intereses prácticos, que toda entrega realizada, no por un acto accidental, sino proveniente de la voluntad exteriorizada por el que la realiza y hecha, por consiguiente, mediante un procedimiento regular y normal para poner a otro en posesión, es en lo exterior un desapoderamiento de toda posesión anterior encaminado a constituir dicha posesión y señorío, en forma de investidura regular, y a favor de aquel en cuya potestad y *custodia* va a colocarse la cosa. Para los extraños y terceros hay potestad de hecho establecida, organizada y suficientemente fundada en lo exterior, cuantas veces el poseedor anterior se desapodera voluntariamente de la cosa y la sitúa manifiestamente en la potestad ajena; y en estos casos no hay para qué preocuparse de la intención del nuevo dueño del objeto. Es tal la materialidad de los hechos, que no hay para qué tomar en consideración lo que haya podido querer el nuevo poseedor.

Siendo cierta esta opinión, no hay por qué distinguir si es o no incapaz el nuevo poseedor, aunque fuese un incapaz de hecho. Indudablemente, si es él solo quien se apodera del objeto, no podrá tomarse en consideración por nadie este hecho. Pero si la entrega está subordinada a una aceptación formal y externa de su parte, como sucede si se le regala alguna cosa, todo el mundo estará conforme en que la toma de posesión dependerá de un concierto de voluntades, para el cual será preciso, por lo menos, exigir la capacidad de hecho. Si el poseedor anterior hace el envío esperando la aceptación del tutor, la entrega procu-

rará la posesión por las razones exclusivamente objetivas que quedan expuestas. Aun independientemente de esta última consideración, y sin necesidad de tener que acudir a la intervención del representante legal, desde el momento en que el incapaz puede adquirir un derecho y tener la posesión sin intervención del tutor, como, por ejemplo, sucede cuando hereda a su padre y carece todavía de representante legal, bastará una forma normal de entrega que permita suponer la existencia de un pedido previo formulado antes del fallecimiento para que la efectiva colocación bajo la *custodia* deba ser equivalente a una toma de posesión. ¿Cómo en semejante caso, sin embargo, puede hablarse de voluntad y de elemento subjetivo?

Con esto observamos que hay intereses prácticos importantes que aconsejan elegir entre los dos sistemas; a más de que en el orden doctrinal, independientemente de las consecuencias reales, la teoría objetiva, como he intentado demostrar, tiene un valor social y un alcance extraordinario.

* * *

31. *La teoría subjetiva entre determinados autores alemanes.*—Para terminar, he de manifestar que aun entre los autores alemanes partidarios declarados de la teoría subjetiva hay multitud de confusiones, por lo menos aparentes, y multitud también de motivos de posible error.

Por eso me repugna no poder considerar a COSACK como un defensor de las ideas fundamentales que sirven de substento al sistema objetivo que he intentado exponer.

Con GIERKE y ENDEMANN, aquél es de los que afirman la necesidad de una voluntad posesoria distinta del simple poder material, no obstante de que cuantos ejemplos cita para sostener esta afirmación se pueden explicar mediante el postulado de la objetividad, y no se pueden explicar de otro modo, pues algunos son hipótesis en que es decisiva la intención en orden a la materialidad de los hechos, para fundar el señorío posesorio; en los demás no hay sino casos incluídos en los supuestos de detentación subordinada del § 855. Esto es lo que ha intentado probar respecto, por lo menos, de uno de los casos más importantes que cita.

Esos ejemplos no sólo trascienden de la esfera de la teoría subjetiva, sino que en el razonamiento que nos formula COSACK va implícito el principio mismo de la tesis objetiva. He aquí cómo lo expone.

Dice que, por lo general, en el caso de adquisición inicial de la posesión, como ésta no es meramente un simple poder corporal, sino un señorío verdadero, es precisa una voluntad posesoria especial en el poseedor, porque la intención es la que manifiesta y fundamenta el señorío del poseedor.

Que es precisamente lo que yo he dicho para demostrar que con frecuencia era el elemento intencional lo que decidía en orden a los actos el problema concreto del señorío de hecho. Mas para que el razonamiento de COSACK adquiriera valor doctrinal absoluto, habría que probar que no puede haber jamás señorío de hecho o *material* en la acepción que da a esta palabra la opinión corriente, sin una intervención consciente y voluntaria del poseedor. He tratado de demostrar cuán distante está de ser irrefutable esta segunda parte de la demostración; si la destruímos, cae por tierra inmediatamente la parte doctrinal de la tesis. Si admitimos que los conceptos usuales, a los que hay que remitirse en esta materia según opinión de todos, no están en pugna con la idea de un señorío posesorio en casos donde pueda prescindirse de la voluntad inicial del detentador actual, queda privada de fundamento doctrinal la tesis subjetiva y vuélvense en favor de la teoría objetiva pura las razones aducidas por COSACK en favor de aquélla (1).

(1) COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, II, § 186. III, pág. 68.

32. *La teoría objetiva en el campo del Derecho comparado.*—En este terreno, la victoria es definitiva para la teoría objetiva, no obstante ciertos errores que conviene destruir.

De todas suertes, hay que señalar una especie de paralelismo y de simetría entre la más amplia definición del *corpus* posesorio y la exigencia de un *animus detinendi*. Y, por el contrario, donde el *corpus* es entendido en forma restrictiva, a la manera del Código civil alemán, no se requiere el *animus detinendi*. Es que lo uno es el correctivo de lo otro. Cuando en el aspecto del factor material, e inspirándose en JHERING, se asimilan completamente posesión y detentación, hay que buscar un elemento diferencial que sirva para denegar la posesión en casos de conexión exclusivamente material; elemento que hay que tomar de la intención y del *animus* del detentador. Por el contrario, cuando sólo se reconoce la posesión en aquellos casos en que verdaderamente hay dominación objetiva de la cosa, únicamente como elemento intrínseco de esta dominación se da entrada al *animus*, que puede hasta desaparecer completamente en aquellos casos en que la idea de dominación es reconocida con independencia de toda investigación subjetiva.

Veamos, por ejemplo, el Código civil japonés, cuyos redactores se han inspirado casi preferentemente en el primer proyecto alemán, y donde se hallan reproducidas, a lo menos en esta materia, sus ideas esenciales. Acerca del *corpus* posesorio, identifica posesión y detentación; es decir, que amplía el concepto de posesión sin hacer excepciones ni reservas a todas las relaciones posesorias, aun a los casos de mera detentación subordinada. El art. 180 del mismo declara que la posesión se adquiere por la detentación de la cosa; si bien para corregir lo desaforado del sistema en lo que atañe al elemento corporal, dicho artículo exige un elemento intencional, y añade que no basta

la detentación de la cosa, sino que es preciso además "la intención de ejercitarla en interés propio".

No es que exija un *animus domini*, sino un *animus possidendi* en sentido amplio, esto es, la voluntad de usar de la cosa para sí, sea cualquiera el título: con esto quedan excluídos los detentadores dependientes y subordinados, como los obreros, los criados, los empleados, que no se sirven de la cosa en interés propio. Pero esta fórmula excluye también al depositario y a la mayor parte de los mandatarios que carecen de derecho para usar de la cosa en interés propio; de modo que la fórmula es en parte demasiado amplia y en parte demasiado restringida: una teoría posesoria totalmente insuficiente.

No hay para qué hablar del proyecto de Código civil húngaro, que es en esta materia copia casi textual del Código civil alemán, no del primer proyecto. El § 505 de aquél es reproducción casi íntegra del 854 del Código civil alemán (1); y sobre detentación subordinada, el 510 es traducción, o poco le falta, del 855 del Código civil alemán.

33. *El proyecto del Código civil suizo.*—Nos queda el proyecto suizo, que, a mi juicio, ha sido interpretado por anticipado de modo un tanto atrevido, cuando no algo tendenciosamente.

El art. 957 del proyecto de 1904 (*) se limita a definir la posesión, en su aspecto puramente objetivo, como una potestad de hecho, sin aludir a ningún elemento subjetivo; pero de otra parte, sin embargo, y al menos en apariencia, esta potestad de hecho es todo lo amplia y extensa posible; no hace excepción alguna explícita y formal respecto a los detentadores subordinados.

(1) También emplea la expresión técnica misma: *Thatsächliche Gewalt*. (Según la traducción oficial alemana publicada en Budapest en 1901.) Es de notar igualmente que acerca de la cuestión tratada más atrás, de la entrega de una cosa, el § 509 reconoce que hay transmisión de posesión por el simple hecho de la entrega del expedidor, sin exigir acto alguno de aceptación previa ni simultánea por parte del destinatario.

(*) [Corresponde al art. 919 del Código vigente.]

De esto se ha deducido que el citado proyecto no distingue la posesión de la detentación (1); a mí me parece muy aventurado tomar esta afirmación al pie de la letra. Seguramente el profesor HUBER, redactor del anteproyecto, deliberada e intencionalmente ha omitido regular en detalle la simple detentación, así como hacer reserva alguna formal acerca de los criados, obreros, empleados y otros detentadores subordinados; pero se faltaría a la verdad deduciendo de ello que con esto, y sin más distinción, ha querido reputarlos a todos como poseedores. La Exposición de motivos del anteproyecto de 1900 dice precisamente lo contrario; el redactor, con abundantes detalles, expone inclusive las diferentes fases, digámoslo así, por que había pasado la redacción del proyecto respecto al particular, y las fórmulas que se propusieron para hallar un criterio de distinción análogo al del § 855 del Código civil alemán; sin embargo, no se estimó satisfactoria ninguna de ellas.

En este respecto hemos visto ya la complicación y matización de procedimientos a que hay que recurrir para aplicar con cierta seguridad la fórmula alemana; y hemos hecho notar que unas mismas personas, los criados, por ejemplo, según las circunstancias, unas veces pueden ser verdaderos poseedores y otras simples detentadores subordinados (2).

Verdad es que, según el § 855 del Código civil alemán, hay la tendencia de reputarlos en principio detentadores subordinados, y que, por excepción únicamente, se les considera verdaderos poseedores. En cambio, según el profesor HUBER, podríamos inclinarnos a un cambio completo de la proporción establecida por el legislador alemán. Esto puede obedecer a que, no habiendo dado entrada independiente a los detentadores subordinados, el anteproyecto suizo no ha tenido ocasión de concederles los medios de

(1) CORNIL, *Traité de la possession*, págs. 86-87.
(2) Véase *supra*, pág. 55.

defensa privada pertenecientes al dueño en cuyo nombre poseen, como hace el § 860 del Código civil alemán; y a que, por otra parte, haya parecido que en muchos casos, y en ausencia del dueño, un simple empleado debiera poder ejercitar las acciones posesorias necesarias para recobrar la cosa custodiada por él y que le ha sido arrebatada. Si esto es así, parece que, según el anteproyecto suizo, hay que distinguir con mayor precisión *detentación* pura y simple y *posesión*, y que únicamente ésta goza de medios de defensa judiciales, ya que para la protección de aquélla sólo se dan los medios de defensa privada del derecho en general, sin protección especial alguna. Ante una deficiencia semejante respecto a la protección de la detentación subordinada, el profesor HUBER ha tratado de ampliar el concepto de la posesión con objeto de dotar, en interés del dueño, de medios ordinarios de defensa posesoria a los simples empleados y obreros. Y ciertos párrafos de la Exposición de motivos inducen a creer que quiere autorizarse al juez para que, a falta de textos, reconozca la posición intermedia, característica del Derecho alemán, de aquellos simples detentadores que respecto a terceros merecen consideración análoga a la del poseedor, al menos en cuanto a los medios de defensa privada, y que sólo frente al dueño quedan inermes. En torno a esta situación mixta, como hemos visto, gira únicamente la distinción entre detentación y posesión: en esta última hipótesis, quien tiene en su poder material la cosa debe poderla defender contra todo el mundo, hasta contra aquel de quien procede; en la primera, el detentador sólo posee acción contra los terceros, carece de medios de defensa posesoria contra quien le ha entregado la cosa; pero contra los terceros deben ser completos sus medios de defensa, aun cuando sólo pueda ejercerlos en interés del poseedor. El Derecho no tendrá más remedio que ir reconociendo únicamente y simplemente estas dos categorías: la triple distinción reconocida por el Derecho alemán es una complicación innecesaria. Este dere-

cho reconoce poseedores que pueden accionar contra todo el mundo; detentadores subordinados que pueden usar contra terceros los medios de defensa privada, pero no los de defensa judicial y que carecen de acción contra el verdadero poseedor, y, por último, meros detentadores que carecen de acción contra todo el mundo: esta última clase sobra. En muchos casos habrá dificultad en distinguir al detentador subordinado del simple detentador, como lo hemos visto en el caso de objetos depositados en casa ajena por un visitante u olvidados en aquélla al abandonar la casa después de la visita. Por otra parte, en el caso mismo de simple detentación, sin que ésta sea en manera alguna subordinada, como en la mayor parte de las hipótesis del § 867, el del sombrero arrebatado por el viento y llevado a un inmueble ajeno, por ejemplo, no vemos que haya inconveniente alguno, aunque sólo sea en interés del mismo propietario, en dar al detentador los medios ordinarios de defensa posesoria, sin perjuicio de privarle de accionar contra el verdadero poseedor; y con estas dos categorías basta, al parecer, en el orden práctico. He dejado entrever también que aun en el terreno judicial muy pronto habrá que dotar a los detentadores de acciones posesorias contra un tercero, siquiera no las ejerciten sino en interés de la posesión del verdadero poseedor y con su supuesto consentimiento.

Implícitamente, el proyecto suizo tampoco reconoce más que dos categorías; pero comete el error de dar a entender que el detentador simple, así como el que está ligado a la persona del poseedor, carece de derecho para, por su propia iniciativa y respecto a los terceros, usar de medio alguno de defensa posesoria; y esto es incurrir en otra exageración. Así lo ha comprendido el redactor de la Exposición de motivos, y por eso matiza y hace distinciones, demasiado complicadas seguramente para poder llevarlas a la ley; le ha parecido mejor dejarlo a la apreciación, al tacto del juez, y esto explica la simplificación

del texto definitivo y el que se limite a una definición pura y simple de la posesión sin entrar en distinciones. Dicho se está que esta definición es en sí bastante precisa para que permita al juez distinguir cuanto sea necesario: ello correspondía a su función, no a la de la ley.

Esto nos demuestra cómo en el proyecto suizo subsiste todavía la distinción entre *posesión* y *detentación*, aun cuando sea judicial, no legal; abandonada a la apreciación de los Tribunales en vez de detallarla un texto legal que señalara sus límites exactos. Por otra parte, este sistema de amplia interpretación pertenecía al método seguido por el profesor HUBER en materia de codificación; porque deliberadamente quiso excluir del texto legal detalles de reglamentación minuciosa, con objeto de que el juez se moviera con desembarazo en este casuísmo.

No sería, pues, lícito afirmar que no haya distinción entre posesión y detentación en el futuro Código civil suizo (*).

34. *El "animus detinendi".*—Nos queda la cuestión del *animus detinendi*, acerca del cual no hay una sola palabra en el proyecto suizo, como no la hay tampoco en el Código civil alemán; por lo tanto, puede afirmarse que así en uno como en otro el elemento subjetivo no es ya una condición formal y específica de la posesión.

Sin embargo, de igual suerte que ha habido quien ha tomado al pie de la letra el concepto corporal de la posesión tal cual lo expresa el proyecto suizo, tampoco ha faltado

(*) [Los actuales intérpretes del C. c. suizo confirman plenamente el punto de vista de SALEILLES. "Para tener la cualidad de poseedor—dice WIELAND—no basta con poder actuar sobre la cosa de cualquier manera. La posesión exige una cierta independencia en el ejercicio de la voluntad, aunque esa independencia sea de puro hecho... El instrumento de la posesión no es un poseedor... El Código civil suizo no ha establecido ninguna disposición equivalente al § 855 del alemán, no porque haya querido borrar la distinción, sino porque la delimitación resulta extraordinariamente difícil y es imposible encontrar una fórmula satisfactoria desde todos sus aspectos." *(Les droits réels dans le Code civil suisse,* trad. de Bovay, París, 1914, t. II, pág. 362 y ss.).]

quien se niegue—ya hemos visto por qué especie de correlación lógica (1)—a aceptar en toda su significación el silencio que guarda el mismo proyecto acerca del *animus* (2).

Invócanse uno o dos lugares de la Exposición de motivos en los que el redactor dice, en efecto, que para ejercitar verdaderamente una potestad de hecho sobre una cosa es necesario querer ejercerla, y esto ha llevado a afirmar que el profesor HUBER quiso así sancionar implícitamente como sistema legislativo la teoría del *animus detinendi* (3).

En esto nos parece también un poco exagerada la afirmación. HUBER habla de voluntad posesoria como lo hacía COSACK, es decir, desde el punto de vista del *plerumque fit*, considerando que la necesidad de una voluntad consciente es casi siempre decisiva para constituir la potestad de hecho; pero mirado así, el *animus detinendi* no es más que una confirmación de la tesis objetiva, puesto que consiste en hacer del *animus* un elemento intrínseco de la potestad de hecho y no una condición independiente y distinta. De donde resultará que si cabe imaginar casos en que pueda la potestad de hecho existir independientemente de toda investigación subjetiva, se adquirirá la posesión sin tener que ocuparse de la cuestión del *animus*.

Ya sé que el profesor HUBER parece indicar en la Exposición de motivos (4) que estos casos no existen; pero esto no pasa de una opinión particular, un simple supuesto; con arreglo a su sistema, a quien toca decidirlo es al juez; y éste es quien habrá de resolver en qué caso una simple aprehensión no puede determinar potestad suficiente a constituir la posesión, y él será quien aprecie en qué caso

(1) Véase *supra*, pág. 92, núm. 32.
(2) Cf. CORNIL, *loc. cit.*, pág. 88, n. 1.
(3) Véase la *Exposición de Motivos (Exposé des Motifs)*, texto francés, III, 1902, págs. 290 y 299. Cons. el texto alemán *Erläuterungen zum Vorentwurf*, III, 352-353, pág. 364.
(4) Véase, sobre todo, *Erläuterungen...*, pág. 364 (pág. 299 del texto francés de la *Exposición de Motivos)*.

la intención y la voluntad de poseer se convierten en condición generadora de potestad de hecho, y, por el contrario, cuándo con arreglo a los conceptos corrientes bastan las apariencias para fundar la idea de una potestad de hecho, ya existente, sin otra consideración subjetiva.

En esto es en lo que pensó HUBER, y por eso al definir la posesión no ha mencionado el *animus*; se propuso que el juez no tenga para qué tomar en consideración el elemento intencional sino en tanto que este *animus* fuera indispensable para fundar la potestad de hecho. Igual teoría que la del Código civil alemán: el principio básico del sistema objetivo (1).

35. *Recapitulación.*—En una palabra, según hemos visto, salvo el Código civil japonés, que ha tenido la desgracia, si así puede decirse, de ser influído por el primer proyecto alemán, tanto el proyecto húngaro como el suizo, con diferencias ligeras en el método de codificación, sancionan el mismo principio, exclusivamente objetivo, del Código civil alemán.

El fijar esto tiene mucha importancia para señalar por dónde se orienta el Derecho comparado en esta importante materia (*). Se va llegando a una simplificación cada

(1) Confirman esta interpretación los textos del proyecto relativos a la tradición. Se ve, por ejemplo, que el art. 965 del anteproyecto de 1900 (al cual se refiere la *Exposición de Motivos*) se satisface entre ausentes con la entrega por el expedidor, como en el proyecto húngaro, sin reserva ni excepción, ni prever el caso de que el destinatario ignorase el envío o hubiera previamente rechazado su aceptación.

(*) [La buena acogida que ha obtenido en el terreno legislativo la teoría *objetiva* está, en la actualidad, confirmada también por el Código del Brasil de 1 de enero de 1916, que acepta resueltamente las ideas de JHERING, al establecer que "se considera poseedor todo aquel que tiene de hecho el ejercicio, pleno o no, de alguno de los poderes inherentes al dominio o propiedad" (art. 485). Inspirándose en el § 855 del Código alemán, pone como excepción al anterior principio la de que "no es poseedor quien hallándose en relación de dependencia con otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes o instrucciones suyas" (art. 487). No hay que hablar del reciente Código civil de los Soviets rusos, porque, por una inexplicable anomalía, no regula la posesión.]

vez mayor, muy de notar, acerca de uno de los puntos antaño más obscuros del Derecho.

El triunfo pertenece al concepto sencillísimo que expuse sería el del futuro Código civil suizo, a saber, la distinción única entre posesión y detentación fundada en el hecho de la independencia del señorío que ejerce quien tiene la cosa. Esta distinción es bastante para colocar a un lado a cuantos tienen una potestad de hecho suficiente para que sea protegida frente a todos y contra todos; al otro, a aquellos que sólo tienen una potestad subordinada, a los cuales hay que proteger únicamente en interés ajeno, y de esta suerte habrá que dar a estos últimos, sin subdistinciones entre *detentadores puros y simples* y *detentadores subordinados*, todos absolutamente todos los medios de protección posesoria respecto a terceros, si bien privándoles de los mismos frente a aquellos de quienes han la cosa y cuya posesión ejercen.

Pero para distinguir esto no deberá tomarse en cuenta el *animus* del poseedor sino en la proporción en que este elemento intencional sirva para delimitar su potestad de hecho y, por consiguiente, señalar su carácter. De modo que habrá posesión, en cuanto a la defensa y protección posesorias, cuando esta potestad de hecho exista a título bastante independiente y bastante caracterizado en el orden externo y social, sin más elemento intencional por parte de quien la ejercite.

Este concepto objetivo nos servirá para impedir que surjan en lo sucesivo cuestiones superfluas y delicadas respecto a la capacidad jurídica; y sobre todo, para prescindir de cuál sea la intención del destinatario, cuando se trate de entregas hechas por los procedimientos habituales de trasmisión de posesión en armonía con los usos corrientes. Es inadmisible en casos semejantes declarar la cosa sin poseedor, pretextando que el destinatario no hubiera consentido recibirla; si de hecho la ha recibido, basta. Conservar la posesión al expedidor que ha renunciado

a ella, está en mayor oposición aún con el principio de la voluntad que concederla al destinatario que la recibe, aunque sea con la protesta de devolverla. Y en cuanto a declarar que la cosa no se halla en posesión de nadie, equivaldría a privarla de todos los medios de defensa que deben asegurar su recuperación en caso de robo o pérdida. Bien se trate de acción posesoria en el sentido técnico, o de acción real fundada en la posesión, estos medios de defensa deben pertenecer al destinatario, declarado poseedor no sólo por obra de su *custodia*, sino sobre todo por razón de la investidura regular recibida. No puede parecer excesivo atribuirle una posesión que le da el derecho de defender la cosa entregada hasta contra aquel de quien la recibe, si pensamos en que si pretende usar de estos medios de defensa lo hace admitiendo la posesión, y esto, aun a los ojos de los partidarios de la teoría subjetiva, presta el elemento intencional que le faltaba. Y, por otra parte, en el supuesto de que el antiguo poseedor haya recobrado mediante un acto ilícito la cosa entregada antes de que la otra parte haya tenido conocimiento de la entrega, no hay razón para que, habiendo aquél consentido en renunciar a su posesión sin más condiciones, la quiera recobrar por un procedimiento irregular e incorrecto en vez de recurrir a las vías legales. Erigirlo en *poseedor* sin conceder al destinatario otra cualidad que la de *detentador* facultado para accionar contra los terceros, conforme a la proposición que he expuesto y defendido, podría ser indudablemente un expediente ventajoso en el orden práctico, pero en teoría es una contradicción. Y en cuanto a no conceder la posesión a nadie, he dicho ya que era una de esas soluciones de lógica pura, pero a la cual no puede acomodarse en modo alguno la práctica. Es, pues, a todas luces la teoría objetiva la única que satisface las necesidades de la práctica y que satisface también los verdaderos principios científicos que justifican la consagración por el derecho del acto puro y simple de la posesión.

No se trata tan sólo de amparar y defender momentáneamente, en espera de pruebas relativas a la cuestión de legitimidad, la afirmación del individuo respecto a la potestad que ejerce, sino de conservar, siquiera a título provisional, el orden aparente de las relaciones sociales en el campo de la utilización de los bienes de este mundo. La relación aparente que une al individuo con la cosa y que le permite utilizar ésta conforme a su destino, debe ser protegida y defendida en sí misma, como un elemento del orden social, independientemente de lo que los interesados quieran y puedan a este respecto. Si surge oposición, que los que se prevalen de ella la prueben; entre tanto deben quedar las cosas en el mismo estado. Ni es necesario tampoco tomarse la justicia por su mano, aunque le asista razón en el fondo, con detrimento del orden ostensible de las relaciones sociales. Este es un principio superior que no depende de la voluntad de los individuos, ni aun de la de aquellos a quienes beneficia.

II

Del principio "en materia de muebles, la posesión equivale al título„

1. *De la función de la posesión en materia de crédito.*—La célebre regla tomada de BOURJON por el art. 2.279 del Código civil francés (*) tiene por objeto realizar en materia de bienes muebles igual función protectora del crédito que la que realiza en la de bienes inmuebles el sistema de inmatriculación y el Registro de la Propiedad.

En materia inmobiliaria predomina la idea de que en interés del crédito es preciso que prevalezcan el hecho aparente y público sobre el derecho que ha quedado oculto, y que en interés de los terceros hay que estar a la exteriorización del derecho y no a su realidad.

Precisamente la posesión es la apariencia, la exteriorización frente a terceros de un derecho presunto. La diferencia con la publicidad resultante de los libros del Registro consiste únicamente en que respecto a los inmue-

---

(*) [La reproducen, con pequeñas modificaciones, el Código civil español (art. 464) y algunos americanos, como el argentino (artículo 2.412) y el venezolano (art. 783, introducido en la reforma del año 1916). En otros Códigos americanos sólo se establece una presunción de título a favor del poseedor de cosas muebles, para los efectos de la prescripción (v. arts. 546 del Código del Perú y 1.089 del de Méjico). En el modernísimo Código civil del Brasil ha sido omitida la regla francesa, a pesar de que figuraba en la redacción primitiva del proyecto. (V. *Código civil brasileiro*, anotado por M. P. MEREA, Lisboa, 1917, pág. 199, n. al art. 521).]

bles esta publicidad se halla reglamentada y organizada, mientras que la posesión es la publicidad en bruto e inorgánica, en su forma elemental y natural, como la vida nos la presenta.

En materia de muebles no podían sus transacciones sujetarse a una publicidad formalista y complicada; y desde el momento en que no podía establecerse para ella el sistema de inmatriculación, se planteaba el problema de si habría que atenerse a la publicidad de hecho resultante de la posesión, y, por consiguiente, si habría que pedir a la posesión la acción protectora del crédito que en materia de inmuebles realizan los libros del Registro.

Cuando el problema hubo de plantearse a los redactores de los diferentes proyectos del Código civil alemán, tenían éstos como ejemplo el precedente del artículo 2.279 del Código civil francés, que no hace más que reproducir un último vestigio del antiguo derecho germánico y consuetudinario en materia de ocupación *(saisine)* mobiliaria.

Nuestro art. 2.279 es la consagración, pudiera decirse que casi extrema, de un sistema de publicidad y legalidad en materia de muebles análogo a lo que en Alemania es la inmatriculación respecto de los inmuebles (*).

Con arreglo a la interpretación dada a dicho artículo, se reputa propietario a todo poseedor de buena fe de una cosa mueble, a la manera como se considera dueño de un inmueble al adquirente cuyo derecho está inscripto en el libro inmobiliario (1).

Por consiguiente, en una legislación que con tanta facilidad, digámoslo así, había sacrificado los derechos del

(*) [Don Leopoldo ALAS ve acreditado en Derecho español el paralelismo entre los efectos de la inscripción en materia de inmuebles y los de la posesión en materia de muebles, por la disposición contenida en el art. 1.473 *(La publicidad y los bienes muebles*, Madrid, 1920, págs. 189 y 190).]

(1) Ya veremos más adelante las observaciones y correcciones que hay que poner, sin embargo, a esta equiparación.

propietario del inmueble en interés del crédito y en beneficio del adquirente de buena fe, tenía que surgir el problema de si con mayor razón convenía crear un régimen, análogo a lo menos, en materia de propiedad mobiliaria.

Quisiera exponer, antes de nada, esta sucinta historia de los trabajos preparatorios del Código civil alemán sobre la materia, y estudiar después cómo está resuelta definitivamente la cuestión en el Código civil, cuyo mecanismo un poco complicado, ciertamente, veremos, así como el funcionamiento de las normas establecidas sobre el particular, unas complemento de otras.

* * *

2. *Crítica de la teoría francesa consignada en el artículo 2.279 de su Código civil.*—Ante todo, acaso parezca un tanto radical y a la vez y principalmente demasiado equívoco, el principio sentado en nuestro art. 2.279. Demasiado radical, porque conforme a la interpretación corriente que se da al mismo, para suministrar lo que se llama título de legitimidad al poseedor, y por consiguiente, para reconocerle propietario, se satisface con una posesión de buena fe; es decir, adquirida en la creencia de ser, o llegar a ser propietario: dicho artículo no exige, además, que esta buena fe se funde en un justo título; el texto habla de *posesión* y no de *adquisición;* la regla protege al poseedor de buena fe, no dice "*adquirente de buena fe*" (*). Y, según la definición corriente que se da de ella, a lo menos en esta materia, la buena fe hay que entenderla en un sentido muy restringido de la frase. Quiere ésta referirse únicamente a la creencia en el carácter de propietario de aquel

(*) [El art. 464 del Código español habla, por el contrario, de posesión *adquirida de buena fe.* Acerca de lo que ha de entenderse por la buena fe a que se refiere dicho texto, véase TRAVIESAS, *Extinción y reivindicación del derecho de propiedad*, en la *Revista de Derecho Privado*, t. VII, pág. 207.]

con quien se ha contratado; por tanto, se refiere sólo al derecho perteneciente al enajenante, o en general, a la regularidad o legitimidad de la iniciativa que aquél toma de enajenar: es la atribución de una cualidad que no le pertenece. Pero se dice que no afecta a las cuestiones relativas a la existencia o validez del procedimiento formal que ha servido de título de adquisición. Respecto a los vicios del título de adquisición, la mala fe no excluye, en efecto, la buena fe acerca del derecho del enajenante: la una atiende a la forma o procedimiento, la otra al contenido de la adquisición. En la interpretación dada al artículo 2.279 sólo se atiende al contenido; esto no quiere decir, indudablemente, que si un individuo contrata con el verdadero propietario, pero emplea mala fe respecto a su título de adquisición, como, por ejemplo, si conscientemente abusa de un error esencial del vendedor, pueda frente a éste invocar el art. 2.279 para cubrir así los vicios de su título. La opinión añade un nuevo requisito al principio consignado en este artículo, a fin de reputarlo inaplicable en las relaciones entre el causante y su causahabiente. Pero si la cuestión no se suscita en las relaciones entre el causante y su causahabiente, y coloca frente a frente al antiguo dueño y a un poseedor que obtuvo la cosa de un tercero a quien creyó propietario, el reivindicante carece de derecho para oponer a su contrincante la irregularidad que haya cometido con aquél de quien procede el objeto (1). Frente al reivindicante, el poseedor lo es de

(1) No me refiero al ladrón, porque no cabe duda que en todos los sistemas se da en él la mala fe; aun en el caso de haber creído substraer la cosa al propietario, que es lo corriente, puede decirse que es de mala fe *erga omnes*, contra todos los interesados, sean quienes sean, porque el acto ha tenido por objeto privar a todos de su derecho. También en otro respecto es viciosa su posesión como clandestina; el art. 2.279 sólo es aplicable en beneficio de la posesión no viciosa. De modo que el tercero que prueba su derecho de propiedad puede en este doble concepto reivindicar la cosa contra el ladrón, aunque no haya sido él la víctima del robo. Por el contrario, contra el poseedor que haya comprado la cosa de un vendedor a quien creía propietario, el tercero reivindicante tropezaría

buena fe desde el momento que ha creído tratar con el propietario; de modo que no puede oponérsele el conocimiento que tenía de los vicios del título de adquisición (1). Con mayor motivo tampoco podrían oponérsele los vicios o la inexistencia de su título si estaba equivocado respecto del particular, porque esto no es un obstáculo respecto a la cuestión de buena fe. Para invocar esta excepción sería preciso que la existencia de un título válido constituyese condición especial de aplicación del principio escrito en el art. 2.279, condición independiente de la buena fe; y esto no es así.

3. *Caso de doble tracto.*—Todas las dificultades relativas a esos requisitos de aplicación de la regla formulada por el art. 2.279 carecen de importancia si el poseedor actual hubiese tratado por sí mismo con un tercero que a su vez fuera adquirente de buena fe; porque habiéndose este último convertido en propietario en virtud del artículo 2.279, por lo menos no tratándose de cosa robada o perdida, el mismo causahabiente de mala fe puede oponer al antiguo propietario reivindicante el hecho de que había cesado de ser propietario, y que, por consiguiente, fracasada la prueba de su derecho, no debe prosperar su acción reivindicatoria.

No hay, pues, dificultad sino cuando el poseedor haya tratado con un tercero no propietario, por ejemplo, con un depositario, que recibió la cosa del dueño. El propietario reivindicante no podrá oponer la falta de título o la nulidad del título de adquisición; el poseedor está amparado con sólo haber creído que el depositario era el legítimo dueño.

4. *Consecuencias de que la regla del art. 2.279 no exi-*

con el obstáculo del art. 2.279, incluso cuando la venta hubiese sido anulable por dolo, y, por consiguiente, el adquirente no hubiera tenido buena fe con relación al vendedor.

(1) Cf. TISSIER, *Traité de la prescription* (Colección de Baudry et Lacantinerie), edición 1905, núm. 873, págs. 695-696.

ja la prueba de un justo título para su aplicación.—Resulta, pues, de esta exclusión de todo requisito relativo al título de adquisición, que cabe aplicar el principio del art. 2.279 aun a los casos en que, en realidad, se trata de relaciones entre causante y causahabiente, por ejemplo, cuando el poseedor actual ha contratado con un mandatario; si este último era poseedor y contrató y habló en su propio nombre, estamos en el caso del comisionista y es de aplicar el principio del art. 2.279, aun cuando se exceda del mandato, sin que haya nada que oponer a ello, porque el comisionista actúa como propietario respecto a los terceros, o por lo menos, le califica su título para obrar con plenos poderes respecto a la cosa que le ha sido confiada (1). ¿Pudiera decirse lo mismo si el mandatario trata en nombre del mandante? ¿Si da la posesión al comprador mediante abuso de facultades, no podrá el adquirente prevalerse de su posesión de buena fe, aun cuando respecto a él el problema se plantea como si hubiera tratado con el propietario mismo? La cuestión es comprobar la validez de su título de adquisición; es una cuestión de poder, pura y simplemente. ¿La posesión del mandatario va a convertirse en título de legitimación pura y simple respecto a los terceros con quien trata? ¿Puede decirse que el art. 2.279 tiene por objeto eximir a los terceros de examinar el carácter y los títulos de aquellos con quienes se relacionan para sus negocios, y que la posesión en sí misma equivale al título para ellos respecto al propio vendedor? De modo que cuando se afirma que el art. 2.279 es inaplicable a las relaciones entre causante y causahabiente, es necesario interpretar esta restricción en el más estricto sentido de la palabra: cuando se entablan relaciones directas de persona a persona y no a aquellas relaciones que se entablan por intermediación de otro.

Pero entonces puede avanzarse más y tratar de aplicar

(1) Véase THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3.ª edición, núm. 1.124, pág. 560.

también el art. 2.279 cuando el conflicto surge entre dos poseedores sucesivos: cuando no hay entre ellos relación de causante a causahabiente. Si el poseedor se apodera directamente de la cosa porque se considera propietario de ella, en virtud de un legado, por ejemplo, o porque la ha heredado de quien creyó propietario, y hallándola en poder de quien supone que se la debe, se toma la justicia por sí mismo, sin más título de adquisición con el precedente poseedor y sin que, por consiguiente, haya de uno a otro relación de causante a causahabiente, ¿puede decirse que el poseedor actual es de buena fe, no teniendo, por tanto, que probar su título, y está amparado por el principio del artículo 2.279, puesto que no se trata de una cuestión en que haya que discutir nada de título entre los dos interesados? Si se ha de evitar esta aplicación extensiva del texto, en vez de hablar de relaciones de causante y causahabiente en el sentido propio de la palabra, debe declararse inaplicable a los poseedores sucesivos inmediatos el art. 2.279.

5. *Un nuevo requisito implícito en el art. 2.279.*—En esto consiste precisamente el punto delicado de toda esta materia. Si la buena fe se entiende e interpreta en el sentido más estricto de la palabra, y no se exige tampoco la alegación de un justo título, para huir de aplicaciones abusivas del texto hay que inventar un nuevo requisito, de que no habla la ley, y declarar inaplicable el principio a las relaciones entre causante y causahabiente (1). Pero acabamos de ver que esta nueva exigencia puede ser interpretada de tres maneras: ampliamente, de un modo intermedio y en

(1) En vez de emplear esta fórmula relativamente clara y precisa, la jurisprudencia se limita a declarar que el principio contenido en el art. 2.279 es inaplicable cuando se ejercita contra el poseedor una acción personal restitutoria. Véase TISSIER, *loc. cit.*, número 837.) La doctrina ha concluído por dar preferencia a la fórmula indicada en el texto. V. BUFNOIR, *Propriété et Contrat*, pág. 373 y ss. (*).

(*) [En la doctrina española acepta esta misma fórmula, considerando el art. 464 como una *ley de terceros*, ALAS, en su citada obra *La publicidad y los bienes muebles*, págs. 149 y 185 y ss.]

forma restringida; y como la ley no dice nada, cabe siempre el temor de que sea aplicada en sentido más restringido, a fin de amparar verdaderos procedimientos de justicia personal perfectamente irregulares, aunque iniciados de buena fe, entendida ésta en el sentido que le da el art. 2.279.

Aun tomando esta nueva exigencia en forma que restrinja todo lo posible la aplicación abusiva del artículo 2.279, habrá que reconocer siempre que el tercero que trate con un depositario creyéndole propietario, podrá refugiarse tras de su posesión de buena fe, siquiera ella se ampare en un título nulo. Si se tratara de una nulidad relativa, como, por ejemplo, al mediar error personal del vendedor, pudiera aceptarse en caso de necesidad; sólo este último puede ejercitar la acción de nulidad, y si en el supuesto dicho el depositante quiere ejercitarla, no lo hará sino a título de acreedor del depositario infiel, al amparo del artículo 1.166 (*) del Código civil. El punto de vista es muy diferente; pero en el sistema francés hay que ir más allá y reconocer eficacia completa al art. 2.279, aun en el caso de nulidad total del título y de inexistencia de éste.

Supongamos el caso de un adquirente que encomienda a uno de sus empleados que en su nombre acepte y perfeccione una venta que le había sido propuesta. Suponiendo también resuelto el problema de la fecha exacta de la formación del contrato, y si reconocemos en el caso actual que dicho contrato queda perfecto al recibirse la contestación, admitamos que en el momento de esta coincidencia de consentimientos, y por una razón patológica cualquiera, el vendedor se hallaba en un completo estado de inconsciencia. Presta, por lo tanto, un consentimiento aparente y entrega la cosa: el adquirente, que no ha presenciado las últimas negociaciones, supone perfectamente válida la venta: este vendedor era además un mandatario o un depositario infiel que se fingía propietario. Fundándose en la

(*) [Con él concuerda el 1.111 del C. c. español.]

nulidad del título de que el poseedor se prevale, ¿puede reivindicar la cosa el verdadero propietario? El derecho francés no lo consiente.

Lo mismo ocurriría si en vez de un simple enviado se tratara de un verdadero mandatario encargado de concertar la venta y que no lo llegara a realizar. Por su parte, el mandante, que supone realizada la compra, invoca su cualidad de propietario y hace que le entreguen la cosa: la posesión que toma es de buena fe, pero no tiene título ni siquiera aparente. Nosotros estamos suponiendo que el vendedor era sólo un poseedor en nombre ajeno. El propietario, fundándose en la falta de título, quiere reivindicar la cosa; no puede hacerlo, sin embargo: hemos visto que si los hechos hubiesen ocurrido de la misma manera, pero teniéndole enfrente a él, propietario reivindicante, habría podido alegar que en las relaciones entre el poseedor actual y el anterior poseedor el art. 2.279 sería ineficaz para subsanar los vicios del título, y con mayor motivo, la falta de él. Siendo esto así, ¿cómo suponer que las cosas ocurran de otra manera cuando existió el error respecto a un detentador intermediario? El adquirente se beneficiaría de este accidente, pues no tiene otra naturaleza la equivocación sufrida por él acerca del carácter de su causante; no solamente creyó que la venta era perfecta, no siéndolo, sino que creyó entenderse con el propietario cuando sólo se entendió con un depositario infiel; y este error es precisamente el que le va a poner a cubierto de la reivindicación. Si se hubiera relacionado con el propietario mismo, y en la creencia de que la venta estaba perfeccionada hubiese enviado a recoger la cosa, podría oponérsele la falta de título. Resulta, pues, que este error, unido al primero, le es beneficioso.

Y sin embargo, tal como se interpreta ordinariamente el art. 2.279, ¿puede darse otra solución al problema?

Porque, al parecer, la sola garantía que la posesión debe ofrecer es la de eximir a los terceros de exigir prueba de los

títulos de propiedad cuando tratan con el poseedor. Esto no debiera modificar las relaciones contractuales que pueden derivarse de su título de adquisición, ni tampoco crearles, cuando tratan con uno que no es el propietario, una posición más favorable que la que se les reconocería si se hubieran entendido con el verdadero titular.

El que adquiere un bien mueble sabe perfectamente que está expuesto a todas las probabilidades de nulidad que puedan amenazar su título de adquisición, lo mismo que si se tratara de un inmueble. Entonces, ¿qué injusticia se cometería permitiendo al verdadero propietario que es despojado de su cosa, que invoque tales causas de nulidad, como lo pudiera hacer el mismo vendedor? El principio del art. 2.279, con relación a los terceros, se convierte, no sólo en un procedimiento de legitimación respecto a la realidad del derecho trasmitido, sino en una causa de consolidación en punto al procedimiento de trasmisión.

Esta interpretación dominante del artículo equivale a decir que, habiéndose el poseedor actual entendido de buena fe con persona distinta del propietario, éste no puede impugnar la validez ni la existencia del título de adquisición, toda vez que las partes directamente interesadas lo tienen por válido.

6. *El primer reproche a la regla francesa.*—La doctrina alemana halló un poco radical y excesivo el principio francés del art. 2.279. El Derecho francés se satisface con la posesión de buena fe, a pesar de que en las condiciones ordinarias en que se realizan los cambios comerciales, todo comprador sabe perfectamente que no puede disponer de las cosas sino en virtud de un título válido. Parece, a lo menos, que todo cuanto pueda exigir el crédito es liberar a los adquirentes de bienes muebles de toda investigación respecto al derecho que adquieren; pero esto no es una razón para facilitarles además la consolidación de su título adquisitivo.

En esto consiste el reproche primero que se dirige al

sistema francés; reproche que afecta no sólo a las cuestiones de fondo, sino también a las condiciones de adquisición por razón de buena fe.

7. *De la confusión que existe en el art. 2.279 entre los requisitos fundamentales relativos a la adquisición de buena fe y los formales relativos a la prueba.*—Un segundo cargo puede hacerse también al sistema francés respecto a las cuestiones de forma, a lo menos de forma procesal, a la cuestión de prueba.

En efecto; la fórmula concisa y vaga adoptada por el artículo 2.279 encierra y confunde dos cuestiones distintas, cuya confusión ha falseado, y falsea todavía, toda la interpretación teórica y práctica del texto: ha reunido en una sola regla la cuestión de fondo y la de forma.

Una de ellas tiene por objeto el acto de adquisición del derecho fundado en la buena fe y por razón de ella, que es la cuestión misma de la trasmisión. El otro problema dice relación a las cuestiones de prueba, es decir, a la presunción de título; una vez supuestas las condiciones requeridas para la adquisición de buena fe, se trata de señalar cómo ha de suministrarse la prueba, si no se presumirán algunas de ellas, y en este caso cuál será el valor de esta presunción. En el sistema francés se ha creído que estas dos cuestiones no son más que una, porque la adquisición se realiza meramente con la posesión de buena fe y ésta es la única condición que se exige sobre el particular. A su vez, la propia posesión de buena fe es lo único que pudiese servir de base a una presunción cuando sea preciso reconocer una en punto a las condiciones de la adquisición de buena fe; pero siendo así, entonces se confundirían las dos cosas. Sólo se concibe una presunción cuando la adquisición misma exija algún requisito suplementario que deba agregarse a los que sirvan de base a la presunción; porque de lo contrario lo que se llama presunción se identificará con el procedimiento de adquisición, como ocurre deliberadamente en el sistema francés, en que la prueba está

hecha, no hay que hacerla; surge de la posesión misma, que constituye prueba plena y es la que confiere el derecho. Este está ya probado, puesto que la prueba surge del hecho que lo constituye.

8. *El requisito de la posesión "animo domini"*.—Las cosas en la vida distan mucho de presentarse en una forma tan sencilla. La posesión está lejos de ser la única condición exigida en materia de adquisición de bienes muebles; no me refiero a la buena fe, que considero supuesta. Pero ya acerca de este particular surge una cuestión de prueba, que es cosa distinta del acto de la posesión, porque la buena fe no hace más que presumirse, dejando a salvo el derecho a la prueba en contrario. Hay, además, otros requisitos de que no habla el texto y que la práctica ha introducido, a saber: una posesión *animo domini*, o, en general, que no sea viciosa, en el sentido del art. 2.229 (*). Es necesario, además, que la cuestión no se plantee en las relaciones entre causante y causahabiente, o, empleando una fórmula más amplia, cuya importancia hemos visto, entre posesores sucesivos.

Y nos encontramos con que es preciso probar ya estos diferentes puntos. La posesión *animo domini* se presume también como la buena fe; acerca de este particular tenemos el art. 2.230 (**). El demandante tendrá que destruir

(*) [V. arts. 1.941, 444 y 447 del C. c. español. Aunque el 464 habla de posesión en general, hay que entender que se refiere a la posesión en concepto de dueño, ya que, como advierte MANRESA, todo el artículo se ocupa de la acción reivindicatoria y de la obligación de restituir *(Comentarios al Código civil*, t. IV, 4.ª edic., pág. 339).]

(**) [Aunque no formule el Código español una presunción de no precariedad análoga a la del art. 2.230 del francés, hay que admitirla implícitamente. Como dice DE BUEN, si se conoce el origen de la posesión, habrá que atenerse al principio de continuidad afirmado por el art. 436. Si no se conoce, el silencio del Código ha de interpretarse en el sentido de que el hecho de la posesión, con las circunstancias externas del ejercicio del dominio, se reputará posesión a título de dueño. No será necesario probar la intención, el *animus rem sibi habendi*, sino que ésta se deducirá del comportamiento externo del poseedor (notas a la edición española del *Curso de Derecho civil*, de COLIN Y CAPITANT, t. II, vol. II, págs. 982 y 985).

la presunción legal admitida en favor de su adversario, como ocurre en materia de buena fe; y también, como sucede acerca de ésta, correrá a su cargo la prueba, es decir, el demostrar que de él procede la posesión que ostenta el poseedor actual; yo llamaría a esto *relación de sucesión directa* entre las dos posesiones. Para que sea inaplicable el art. 2.279, como constitutivo del derecho mismo, y tratándose de las condiciones preliminares de la adquisición, bastará la práctica de una de estas pruebas; la propiedad dejará de adquirirse por causa de la posesión, y ésta es la única consecuencia que cabe deducir. Esto no prueba que el poseedor no haya podido adquirir por otro concepto y por otro título, por cualquiera de los medios normales de adquisición, aquella propiedad que su posesión no basta ya a conferirle.

El poseedor que entró en ella de mala fe pudo posteriormente entenderse con el propietario y comprarle la cosa que pretendió conservar sin otra formalidad; como si habiéndola adquirido a sabiendas de un mandatario o de un depositario infiel, y luego de entablada la reclamación del propietario, hubiera formalizado con él una venta en regla. Muere después este último, y el heredero, que ignora este contrato a destiempo, intenta reivindicar la cosa, fundado en la mala fe inicial del poseedor. En este caso, ¿cómo regular la cuestión de prueba respecto a este nuevo título alegado? O bien, el caso de un poseedor precarista, un depositario (del dueño) que pretende haber adquirido posteriormente y en debida forma la cosa cuyo depósito aceptó.

En estos dos puntos es fácil resolver la cuestión: probada la mala fe, lo mismo que la precariedad, queda excluí-

A idénticas conclusiones llegan los expositores del Derecho argentino (v. LAFAILLE, obra cit., t. I, págs. 120 y 121). En el Código de Venezuela está explícito el principio de que "se presume siempre que una persona posee para sí a título de propietario cuando no se prueba que ha empezado a poseer en nombre de otra" (art. 762).]

da la presunción de título en favor del poseedor, y, por consiguiente, no hay más que aplicar al caso los principios generales sin temor de que la pretendida confusión conduzca a ninguna consecuencia enojosa. En el primer supuesto se aplicará el principio jurídico general de que la prueba corre a cargo del que invoca un título de adquisición, y para el otro bastará aquella regla de que por sí mismo nadie puede modificar la causa de su posesión.

Pero admitamos que en vez de la precariedad anteriormente supuesta se trata de una verdadera relación de causante a causahabiente y el demandante prueba que vendió la cosa y entregó la posesión, pero impugna la validez del título. El demandante está en el deber de probar esto, y una vez que lo haya hecho, la posesión adquirida por el comprador será insuficiente, como sabemos, para subsanar los vicios de su adquisición. También en este particular bastan los principios generales para resolver el problema.

9. *La prueba en el caso de sucesión directa de posesiones.*—Otro tanto puede decirse en el caso de una simple relación de sucesión directa entre ambas posesiones, cuando no haya sido probada la precariedad ni el título de trasmisión. El demandante afirma que la posesión en que se halla su adversario procede únicamente de él, y así lo reconoce este último: esto es lo único en que están conformes las dos partes. Hay que averiguar por qué título ha sido trasmitida la posesión de aquél a éste. Si la posesión se debiera a una verdadera sustracción, aquélla sería de mala fe y correspondería al demandante probarlo. Pero puede haber sucedido una de estas otras dos cosas: o que la entrega se hiciera en precario o como cesión de propiedad, ya se trate de venta o de donación; en estos supuestos ¿a quién incumbirá la carga de la prueba?

Precisemos bien la cuestión. Suponemos probada la relación de sucesión directa sobre la cual hay confesión del poseedor. Probado esto, cabe afirmar que ello es suficiente

para impedir la aplicación del art. 2.279 en lo referente a atribución *ipso facto* del derecho de propiedad; y hemos demostrado lo razonable de esta opinión y que así hay que entender la condición negativa que se exige cuando se habla de relación entre causante y causahabiente. En realidad, a lo que esta opinión se refiere no es a una relación de trasmisión, sino de yuxtaposición de las dos posesiones; y probada esta yuxtaposición, basta para que el derecho deje de adquirirse por obra de la posesión; podrá ser adquirido únicamente por un título normal de trasmisión. ¿Cómo, entonces, hay que probar el título? Entonces la cuestión cambia y se traslada al campo de la prueba. Es necesario ahora un título; ¿cómo probarlo? La posesión existente en favor del demandado y que es insuficiente para suministrarle un título de propiedad, ¿no servirá al menos para que constituya a su favor un título de prueba y la utilice como presunción de título? Claro está que aquí no representaría una presunción completa e irrebatible, porque, prácticamente, una presunción de esta naturaleza equivaldría a un título constitutivo de derecho, y sabemos que el derecho no lo produce por sí sola la posesión, desde el momento en que hay relación de yuxtaposición de posesiones. Tiene que ser una presunción *juris tantum*, y el demandante está en el deber de probar que había entregado la cosa en precario, no obstante la alegación adversa de que se le había trasmitido en propiedad.

Acaso se nos replique que también acerca del particular no había más que invocar el principio del art. 2.230, que supone toda posesión a título de propietario, y, por consiguiente, corresponde al demandante probar la precariedad; pero esta invocación de los principios generales es aquí inoportuna, porque no se trata del *animus possidendi*, único extremo a que se refiere el art. 2.230, sino del título de adquisición; extremo que en nuestro caso ha quedado aplazado.

El citado artículo quiere decir que, mientras no se prue-

be lo contrario, la relación de señorío del hombre con la cosa debe reputarse verdadera posesión por sí, para sí e independiente; pero en muchos casos esto nada tiene que ver con el problema del título de adquisición. Sabido es que el ladrón posee en concepto de dueño, y, sin embargo, carece de título de adquisición; pero precisamente en el caso supuesto por nosotros el poseedor afirma su voluntad de poseer por sí porque pretente haber comprado; hay posesión a título de propietario, aun cuando eso no signifique que se haya realizado la venta que alega; de igual suerte que la posesión *animo domini* del ladrón no demuestra que no haya habido robo. Quizás se nos replique que impugnar la posesión *animo domini* equivaldría a impugnar la buena fe y que en esta materia los principios generales ordenan que la prueba contraria corra a cargo del demandante. Respecto a esto se concibe que también subsista el equívoco.

Impugnar la existencia de un título válido en pro de un poseedor actual no equivale necesariamente a discutir su buena fe, porque este poseedor puede haber creído de buena fe en la existencia de un título meramente supuesto; la prueba del carácter putativo de este título en materia mobiliaria puede ser muy difícil para quien impugna la normalidad de la posesión ajena.

10. *El art. 2.279 como norma material y como norma adjetiva.*—Sabido es cómo se plantean en la práctica estas cuestiones. Por lo común, surge el conflicto entre el heredero del propietario anterior y el poseedor actual: aquél halla en poder de un tercero ciertos objetos, valores, por ejemplo, pertenecientes al difunto, de quien confiesa haberlos recibido el poseedor. El heredero no puede saber en qué forma, con qué fin ni por qué título llegaron estos valores a poder del detentador; no alega mala fe ni precariedad, porque pudiera ocurrir que el poseedor los recibiera desde el principio a título de propietario; pero también pudo suceder que los hubiera tenido equivocándose acerca de la intención del que se los confió: en concepto de depósito o acaso fideicomiso, y no de donación, como él creyó. Dificultemos más el caso; supongamos que ha muerto también quien recibió los valores, y que la cuestión se plantea entre ambos herederos, ninguno de los cuales sabe una palabra acerca de cómo fueron entregados los referidos valores, por qué fin ni por qué título. De modo que no hay que resolver cuestión alguna de buena fe, ni de precariedad, ni tampoco la naturaleza o el carácter de la posesión, sino la existencia de un título de adquisición, que no pueden resolverla ni los principios generales de la prueba en materia de buena fe ni la regla probatoria del art. 2.230 en materia de posesión precaria: es necesario que desaparezcan todos estos equívocos y plantear la cuestión en forma.

En el Derecho común, el que alega un título de adquisición tiene que probarlo; así lo dijimos cuando había supuesta mala fe en el poseedor. Si alega que adquirió con posterioridad, mediante un título normal de adquisición, debe probar su título; ¿por qué no exigir lo mismo en todos los casos en que la posesión sea insuficiente para fundar el título constitutivo del derecho? Cuando la posesión no es título bastante para adquirir, hace falta otro, y quien lo alega debe probarlo.

Esto es lo corriente en Derecho, y deberían aplicarse estos principios generales cuando se demuestra que ha habido relación de sucesión o de yuxtaposición entre las posesiones, porque éste es uno de los casos en que no se aplica el art. 2.279 como medio de adquisición del derecho.

De modo que en este último caso, si queremos que la prueba de la falta de título incumba al demandante, suministrando de este modo al poseedor una presunción de título, aunque sea provisional, y salvo prueba en contrario, no podemos hacerlo invocando los principios generales del Derecho común, sino que se trata de un favor más o una nueva concesión inspirada en la posesión misma y cuya

base legislativa está en el art. 2.279. Por consiguiente, a este artículo se le atribuyen dos efectos, según los casos: uno, el de regla constitutiva de derecho; otro, el de norma procesal probatoria.

11. *Las tres funciones que desempeña la posesión, conforme al art. 2.279.*—Esto equivale a decir que el principio del art. 2.279 es una regla sutil y flexible, apta para ser aplicada a casos distintos y que tiene dos diferentes grados de intensidad, o, si se quiere, tres.

Sirve como título de adquisición, en el caso en que no se pruebe ni la mala fe, ni la precariedad, ni la relación de yuxtaposición de posesiones.

No sirve como título de adquisición cuando el demandante prueba el tracto sucesorio directo entre ambas posesiones; pero a lo menos sirve como presunción de título: el poseedor continúa amparado por su posesión, y al demandante incumbe la prueba de la falta de título o de la precariedad de éste. Compréndese ahora en qué consiste exactamente la diferencia con el primer caso, o sea el del demandante que no prueba previamente nada. En este último supuesto, debe siempre probar la precariedad de su adversario, porque una de las condiciones de aplicación del artículo 2.279 como medio de adquisición del derecho es la falta de precariedad; pero cuando se trata de la adquisición de buena fe, fundada en la simple posesión, el título no es condición para poder adquirir, y no puede exigírsele que pruebe su falta. Por el contrario, cuando el demandante prueba el tracto sucesorio entre las posesiones, como queda excluído, en cuanto modo de adquirir, el art. 2.279, la posesión no es título constitutivo de derecho, y éste no puede derivarse sino de un título regular procedente del verdadero derechohabiente; ahora bien, este título se le presume por razón de la posesión; de modo que ésta, cuando no sirve de fundamento del título constitutivo del derecho, representa, salvo prueba en contrario, una presunción de existencia de un título supuesto.

No quiere decir, sin embargo, esto que sea siempre la posesión una presunción de título en todos los casos de inaplicación del principio sentado por el art. 2.279, en cuanto forma de atribución y constitución del derecho; porque ya hemos visto en el supuesto de mala fe inicial que la posesión carece de utilidad, el titular de ella no se halla amparado por presunción alguna, y está obligado a probar la existencia de un título de adquisición posterior; esto es, que aquí desaparece completamente la eficacia protectora del art. 2.279, y, si se nos permite decirlo, se manifiesta el tercer aspecto de que hablábamos antes, en que hay que considerar el ámbito de su aplicación.

En un caso el art. 2.279 es aplicado en el sentido de que engendra un título de adquisición, y la posesión entonces sirve de título constitutivo de derecho; en otro se invoca a falta de título adquisitivo para fundar una presunción de título, que producirá sus efectos, salvo prueba en contrario, y la posesión entonces sólo desempeña una función probatoria; pero hay un tercer caso en que no se aplica en absoluto el precepto, y la posesión carece por completo de eficacia para el que la invoca, pues debe probar su título.

Con la simple lectura de la fórmula empleada por el artículo 2.279, ¿cómo sospechar que en ella se engloban estas tres funciones, tan diversas, de la posesión? No hay en parte alguna indicación de los límites que separen estas tres manifestaciones y que señalen el momento y las condiciones del tránsito de una a otra para ver cómo su función se debilita primero para desaparecer después completamente. Reinan, pues, la vaguedad, el equívoco, la imprecisión. Se trata de una regla mal construída; incompleta, en una palabra.

12. *El recurso de la "posesión equívoca".*—Después de esta exposición teórica, acaso no esté de más recordar el caso corriente que motiva la dificultad en el Derecho francés, o sea en materia de donaciones manuales o sin formalidad alguna, no probadas, sino alegadas simplemente por

el poseedor (1); por lo general, surge la cuestión después del fallecimiento, cuando títulos pertenecientes al difunto se encuentran en posesión de una tercera persona que habitaba con él. El poseedor invoca su posesión y alega que le han sido donados; pero no hay prueba directa de esta donación manual; lo único que confiesa es que los títulos le fueron entregados por el difunto. El art. 2.279 no es aplicable íntegramente al caso para fundar una adquisición irrevocable, porque el poseedor es el primero en reconocer que entre él y el difunto existió una relación de causante a sucesor; no es una cuestión en que la adquisición de buena fe resulte engendrada por la posesión, sino una cuestión de título; hay que probar la existencia de éste y su validez; es decir, un título distinto de la mera posesión de buena fe.

Y entonces se suscita la cuestión de si la posesión de buena fe, que es deficiente para constituir un título de propiedad, a lo menos podría servir de fundamento a una presunción de título y considerarla como una presunción legal que obligue al juez a reconocer la existencia de un supuesto título, mientras los herederos no prueben la falta de éste o la nota de precariedad, que es cosa análoga; prueba que, según hemos visto, es dificilísima de hacer, singularmente por parte de los herederos. La jurisprudencia, como sabemos, aun reconociendo que el art. 2.279 permite en este caso fundar al menos una presunción de título, ha tratado de evitar los abusos gravísimos que pudieran resultar de ello y los fraudes que cabe resulten de un sistema semejante; para ello los Tribunales aplican el concepto de *posesión equívoca* en los casos más sospechosos. En los dos grados y aspectos que se reparten la aplicación del artículo 2.279 es necesaria una posesión en concepto de dueño, que es la única posesión calificada jurídicamente con este

(1) Acerca de cuanto vamos a decir véase el interesante libro de M. P. BRESSOLLES, *Les Dons manuels*, principalmente los números 251 y ss., págs. 347 y ss.

nombre en Derecho francés. Ahora bien; es indudable que, según el art. 2.230, se presume legalmente esta posesión *animo domini;* quien la niegue debe probar que hay posesión precaria; pero incluso para aplicar esta presunción acerca de la naturaleza de la posesión es necesario que sobre el carácter de su relación posesoria no ofrezca duda alguna la actitud aparente y actual del poseedor, cosa que la mayor parte de las veces no sucede cuando se habita en común, y, por consiguiente, hay uso común también, manejo tolerante o función de conservación o confianza de las cosas o de los valores pertenecientes al dueño de la casa. La posición del poseedor es equívoca, y este equívoco basta para excluir la presunción del art. 2.230; de rechazo, el art. 2.279 está desprovisto de uno de los requisitos exigidos para su aplicación; y con este rodeo, la jurisprudencia vuelve a aplicar los principios del Derecho común en materia de prueba; esto es, que el que invoca un título de adquisición debe probarlo.

Pero no siempre cabe este recurso puramente empírico: en primer lugar, queda su aplicación al arbitrio judicial, y, además, no se aplica sino en los casos de convivencia propiamente dicha. Suelen presentarse estos casos frecuentemente cuando un tercero, que formaba parte de la servidumbre de la casa, intenta valerse de su posesión alegando donación manual (1). Pero supongamos que no haya vivido con el poseedor antiguo la persona en cuestión, en cuya casa son hallados los valores del difunto; el actual tenedor confiesa las relaciones de orden privado que le unían con aquél; reconoce haber recibido de él los valores hallados en su casa; pero invoca la donación manual: en este caso es imposible alegar el equívoco de su relación posesoria con la cosa; la relación es de propietario no sólo por el hecho de la afirmación verbal, sino por la separación material clarísima que ha hecho salir la cosa del dominio, conser-

(1) Véase TISSIER, *loc. cit.*, núm. 859.

vación y vigilancia del antiguo poseedor para colocarla bajo la *custodia* de otro; hay que aplicar incuestionablemente la presunción del art. 2.230, y, por consiguiente, recobra su eficacia el art. 2.279. ¿Quiere decir esto que queden excluídos los abusos y sean menos posibles los fraudes porque se trate de un tercero que no ha convivido con el antiguo poseedor? Volveríamos implícitamente a la distinción del Derecho alemán entre *posesión subordinada* y *posesión individual y separada*. En el primer caso habría siempre *posesión equívoca*, y jamás en el otro; esto no es una razón para que la persona que ha sostenido relación íntima y estrechísima con un individuo que vive solo, que se halla enfermo y en peligro de muerte, aunque viva aparte, no pueda ser sospechosa igualmente de haberse apoderado de valores que jamás hubo intención de donarle. Pero sea de ello lo que quiera, no tiene que probar nada; los herederos son los que deben probar la falta de título; es decir, de un título adquisitivo.

13. *Vacilación de los conceptos doctrinales al explicar el principio contenido en el art. 2.279.*—Así es que no cabe duda de que tanto en el campo de la práctica como en el de la teoría, el art. 2.279 encierra dos principios, o, mejor dicho, una regla de dos grados: uno en cuanto a la prueba y relativo a la existencia de una presunción de título; relativo el otro al fondo del derecho y a la existencia de un modo de adquisición basado meramente en la posesión de buena fe.

Y en este aspecto reina una confusión tal en la doctrina y en la jurisprudencia (1), que se han reconocido, ora uno, ora otro, como sistema exclusivo y en detrimento de su compañero.

La doctrina no ha visto en el art. 2.279 más que un

(1) Véanse acerca de todos estos extremos los tratadistas y comentaristas que se han ocupado del art. 2.279; el resumen de estos diferentes sistemas véase especialmente en TISSIER, *loc. cit.*, números 827 y 876, y BUFNOIR, *loc. cit.*, págs. 351 y ss.

principio sustantivo, un modo de adquisición del derecho; para ella, es un caso especial de adquisición *lege*, y entonces hay que averiguar la solución que habrá de darse en aquellos casos que no reúnan las condiciones de esta adquisición *lege*, como, por ejemplo, donde hubiera habido prueba previa de un tracto sucesivo y directo. ¿Puede decirse que hay que aplicar igualmente el art. 2.279 en el sentido de que para privarle de eficacia habría que exigir algo más que la prueba de una simple relación de yuxtaposición; algo así, en sentido mucho más restringido, como la de una verdadera relación de causante a causahabiente? En este caso el demandante habría de probar que él mismo había entregado la cosa a título de dominio, sin perjuicio de pedir después la nulidad del título; no tendría por objeto dicho artículo amparar los vicios del título de adquisición entre causante y causahabiente: es todo lo que puede atribuirse a este aforismo; pero si se trata de herederos que ignoran lo que pudo hacer el *de cujus*, la prueba es frecuentemente imposible, como no hay más remedio que reconocer, cuando podría probarse fácilmente, por el contrario, una simple relación de yuxtaposición de posesiones. ¿Es que esta prueba última puede ser suficiente para excluir la aplicación del art. 2.279, y entonces volver al Derecho común sobre la invocación del título y obligar al poseedor a probar el suyo de adquisición? Eso sería lo lógico. Por el contrario, ¿hemos de volver al concepto de presunción de título? Si así fuera, no hay para qué decir que cuando media sucesión directa de posesiones queda inaplicable el art. 2.279, pues cabe invocarlo en el sentido de que, si no autoriza por sí solo un título constitutivo de derecho, puede autorizar una presunción de título, un medio de defensa procesal en materia de prueba, hasta tanto que el demandante, que, como ya hemos dicho, será frecuentemente un heredero, haya probado la precariedad de la entrada en posesión.

Insisto en ello para demostrar bien que la alegación

de precariedad o de mala fe no es suficiente para invocar la aplicación de las normas de Derecho común sin que intervenga, además, la presunción de título resultante de la posesión.

Indudablemente, si el heredero alega que el difunto había entregado en depósito los títulos, valores u objetos cualesquiera de que se trate, puede afirmarse que impugna el carácter mismo de la posesión de su adversario, y que él es quien debe probarlo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.230 del Código civil, como lo haría si no hubiese sido probada y confesada previamente la relación de yuxtaposición de posesiones. Al invocar la precariedad, el demandante impugna una de las condiciones de fondo para la aplicación del art. 2.279 y niega que exista uno de estos requisitos; derecho que le pertenece en todos los casos, sin que necesite tomar en consideración el hecho de alegar asimismo que falta también la segunda de las condiciones de aplicación del artículo, la referente al tracto sucesivo y directo de posesiones; porque para el caso es lo mismo que falte una de ellas o que falten las dos condiciones; sólo que la relativa a la precariedad obtiene en el orden de la prueba una excepción al Derecho común. El poseedor que invoca su derecho de propiedad y alega en su favor el principio del art. 2.279 no necesita probar la existencia a su favor de la condición especial que su adversario le niega; desde el momento que afirma su posesión en concepto de dueño se presume que posee a título de tal; a su contrincante incumbe, en todos los casos, probar lo contrario y acreditar el carácter precario de la posesión del demandado; tal es el principio de Derecho común. De suerte que si el heredero alega que ha habido depósito y solicita prueba de ello, se coloca dentro de lo dispuesto en el art. 2.230, que, como demandante, le obliga a hacer esta prueba, sin perjuicio de que, si así lo hace, pueda luego el contrario probar, a su vez, la modificación del título.

Hasta ahora puede, por consiguiente, decirse que en todo ello no hay sino una cuestión de mecánica, más o menos complicada, de los principios generales del Derecho acerca de la prueba; y, como hemos visto, esto es bastante opinable, porque desde el momento en que ha sido probado el tracto sucesivo directo entre las posesiones, sabemos que es inaplicable el art. 2.279, no hay para qué ocuparse de la idea de precariedad, y el problema en adelante es el del título, respecto al cual, y con arreglo a los principios del Derecho común, el que alega un título de propiedad debe probarlo. Prescindamos de este razonamiento y continuemos: supongamos que antes de fallecer la persona de quien procedía el depósito se ha realizado un cambio de título que contradiga el derecho del propietario (art. 2.238): el demandante puede replicar que esta contradicción era debida únicamente a un acto de mala fe; entonces el depositario viene a ser un ladrón, en el sentido amplio de la palabra; pero una vez más, con arreglo al Derecho común, el que la alega habrá de probar la mala fe. No siempre sucederá así: el depositario podrá sostener que si se opone al derecho del antiguo poseedor es porque con posterioridad a la constitución del depósito el dueño le cedió la propiedad de la cosa en concepto de donación o por otro título cualquiera: el demandante no alega, o, lo que viene a ser lo mismo, no logra probar que sea mentira o un acto fraudulento la pretensión del antiguo depositario. No se discute ya la mala fe, ni la precariedad tampoco; porque estando fundada y alegada la mutación del título, cualquiera que sea la causa jurídica en que descanse la posesión actual, lo es a título de propietario; y esto basta para que no quepa impugnación en lo referente al art. 2.279 por lo que respecta a la condición fundamental del carácter de la posesión: la cuestión que únicamente aparece es la del título, averiguar si entre el antiguo y el nuevo poseedor hubo un acuerdo de trasmisión de la propiedad. Si no hubiera habido cambio de-

título, probado el depósito, correspondería al poseedor actual demostrar la existencia del contrato en que se originó el derecho que alega. Ahora bien; desaparecido el carácter precario de su posesión por la mutación de título y habiéndole constituído ésta en poseedor, conforme al artículo 2.279, ¿puede por este hecho reputársele beneficiario de un título constitutivo de propiedad, siendo sucesor directo en la relación posesoria de aquel en cuyo nombre se reivindica la cosa? Si lo reconocemos así no será porque apliquemos íntegramente al caso el art. 2.279, toda vez que, probada la falta de título, prosperará la reivindicación, puesto que, con arreglo a dicho artículo, la propiedad debería adquirirse por el solo hecho de la posesión de buena fe, independientemente del título. Si lo reconocemos así, repito, será porque apliquemos el propio artículo de un modo restringido, con vistas, no a la adquisición del derecho, sino a la prueba del título: la posesión sirve como presunción *juris tantum*, cuando menos, de un título constitutivo de derecho, aun cuando no quepa aplicar el mencionado artículo 2.279 para la constitución del derecho.

Lo mismo ocurriría si en vez de existir la precariedad inicial y la mutación posterior del título hubiera habido en sus comienzos un error sobre el título mismo y no hubiera sido alegada la mala fe por ninguna de ambas partes: el actual poseedor creyó recibir como donación lo que se le entregaba en depósito; en este caso, el error fundamental anula el título; pero como el poseedor se creía propietario, posee a título de tal, y esta creencia, aunque sea errónea, no se desvanece en este aspecto por el carácter jurídico del título: el *animus* engendrado por la *causa possessionis* no substituye al *animus* real resultante de la convicción y la voluntad del poseedor, porque a consecuencia del error de fondo y la completa nulidad no hay, desde el punto de vista jurídico, título ni *causa possessionis;* no hay más que la *causa* que cree tener el poseedor, y esta *causa* es la que lo erige en poseedor *animo domini*, no en propietario. Y

esto basta ya para que la cuestión no se suscite en el campo de la precariedad, entendida ésta en cuanto *precariedad de la posesión*, con lo cual es inaplicable el artículo 2.230; la cuestión recae sobre la *precariedad del título*, o, mejor dicho, sobre su existencia misma, independientemente de cualquiera cuestión acerca de los caracteres jurídicos de la posesión, siendo aplicable por esto a ella el artículo 2.279.

No se trata, indudablemente, en el presente caso de una aplicación completa del precepto, de una adquisición *lege*, porque cabe prueba sobre la falta del título, y cuando éste está en cuestión, deja la posesión de desempeñar la función de título adquisitivo; es un caso de los que he llamado de *aplicación restringida* del art. 2.279, es decir, de aplicación en cuanto a la prueba; y en tanto la contraria no prospere, se presume que existe un título de propiedad.

En los casos en que, por consiguiente, no pueda ser aplicado como fundamento de un título de adquisición, podrá serlo como elemento de prueba; ambos principios, pues, quedan confundidos en uno solo.

Por último, vamos a considerar el caso más frecuente, o sea el de un demandante heredero que ignora en absoluto lo ocurrido, salvo la relación de yuxtaposición de posesiones que él ha afirmado y no ha negado su adversario; ¿puede aprovecharse de esta yuxtaposición de posesiones y conceptuarse libre de toda prueba? Ya sabemos que no habrá tal cosa. Por el contrario, contestará el demandado: "que está poseyendo; que no ha sido impugnado ninguno de los caracteres fundamentales de esta posesión, y que nada tiene que probar él (el demandado), por lo cual queda esperando lo que haga su adversario". Equivale a decir esto: 1.°, que en tanto en cuanto se le niega su posesión a título de propietario, está protegido por la presunción de derecho común del art. 2.230; 2.°, que corresponde a su adversario probar la mala fe, si es que

la afirma, y 3.°, que aparte de cualquier cuestión de buena fe o de precariedad que pudiera suscitarse si su posesión reuniera las condiciones exigidas por el art. 2.279, y aun cuando en contemplación a la yuxtaposición de posesiones no pudiera hacer de ella un título adquisitivo de derecho, está capacitado para invocar esta posesión al solo objeto de quedar dispensado de probar su título; y de todas suertes, por tanto, corresponde la carga de la prueba a su adversario, quien tendrá que demostrar, por consiguiente, o la precariedad o la mala fe, en cuyo caso recobra su eficacia el derecho común, o, por último, si no fueran discutidas estas dos cuestiones, la falta de título jurídico traslativo, lo que supone una nueva presunción añadida a las del derecho común y no es más que la presunción de propiedad resultante de la posesión.

14. *Resumen sobre el sistema seguido por la doctrina.* En el fondo de toda esta teoría, aun considerando íntegramente el sistema adoptado por la doctrina, hay un aspecto último explicable sólo por el reconocimiento de una presunción de propiedad creada por el art. 2.279 (o al menos atribuída a él) en todos aquellos casos en que deja de servir de fundamento a la atribución del derecho.

Aun cuando pretende ver únicamente un procedimiento de adquisición en el principio del art. 2.279, en realidad la doctrina le atribuye, además, un valor probatorio para elaborar una forma de presunción simple, cuando no es utilizable el precepto para servir en calidad de modo de adquirir, propiamente dicho.

De modo que la doctrina, aun cuando haga predominar uno de estos dos aspectos sobre el otro, la idea de *adquisición* en vez de la idea de *presunción*, se ve obligada a permitir una última aplicación, por restringida y limitada que sea, a la teoría de la presunción de propiedad.

15. *Teoría de la jurisprudencia acerca del concepto y alcance del art. 2.279.*—La jurisprudencia ha seguido un camino distinto y sólo ve en el art. 2.279 una presunción

de título; le ha parecido que era el único modo de respetar los principios tradicionales en materia de propiedad. Se ha resistido a admitir que bajo un pretexto cualquiera, por favorable que fuese, se despoje al propietario en beneficio de un adquirente, aunque de supuesta buena fe, pero que, sin embargo, seguramente no ha contratado con el verdadero propietario y que, en todo caso, no puede ostentar título alguno válido, si es que ostenta alguno; por eso ha preferido salir del paso con una ficción y decir, no que se desposee al antiguo propietario, sino liberar de la prueba al poseedor de buena fe. Claro está que el demandante puede acreditar que este poseedor ha pactado con un depositario o mandatario que carecía de derecho; no obstante, se prefiere suponer que había existido un título cuya prueba no puede producirse; después de todo, ¿no podía el propietario haber ratificado posteriormente la venta? ¿No podía, por último, haberse convertido en dueño el depositario? Y, por otra parte, ¿en qué puede apoyarse el demandante para probar su propiedad? ¿Se le reclaman acaso sus títulos? No tiene otros que su posesión; y entonces, ¿cómo puede decirse que *ha probado?* Si la prueba se hace únicamente depender de su posesión, es necesario que una prueba análoga beneficie al demandado; la posesión prueba la propiedad del uno; probará del mismo modo la propiedad del otro, y tanto para uno como para otro sólo cimentará una presunción. Ahora bien; como la propiedad del demandante es tan sólo presunta, es imposible y aun injusto impugnar la presunción del demandado, salvo en aquellos casos especiales y raros que hagan inadmisible la pretensión del poseedor actual, o, mejor dicho, que hagan de la presunción del demandante una presunción preferente a la de su adversario, y preferible también la posesión antigua de aquél a la del poseedor actual. En materia de bienes muebles no hay más que *posesiones*, aunque de diferentes categorías; basta que las comparemos y juzguemos la una en relación con la otra;

sistema que en esta forma existía ya en la Edad Media y que fué aplicado igualmente por el Derecho romano en la acción publiciana. Pues bien; del mismo género es la teoría encubierta en el concepto jurisprudencial de la presunción de título.

Nos falta determinar los elementos de comparación entre estas opuestas presunciones y señalar ciertos elementos de apreciación que pueden servir de jalones en estos conflictos de posesión. La jurisprudencia cree que en este extremo el art. 2.279 deja el campo libre, correspondiendo a los Tribunales determinar en qué casos puede ser admitida prueba en contra de la presunción de título del art. 2.279, o, mejor dicho, en qué casos la prueba del demandante puede ser suficiente para destruir la presunción del poseedor actual. En ello ha fundado su célebre distinción relativa a los casos en que el poseedor ha contraído obligación personal de restituir al demandante (1). En este caso la antigua posesión vencerá a la nueva; cuando el poseedor viene obligado a restituir, queda excluída la presunción de título, a lo menos en el sentido de que el título fundamento de la obligación de restituir no permite suponer por parte del demandado la existencia de otro título posterior que haya anulado el primero y fundado la propiedad. En este caso, salvo prueba en contrario, la posesión antigua del demandante constituye prueba de la propiedad contra el poseedor actual, y a este último, si puede, es a quien, en vista de lo anterior, corresponde probar otro título constitutivo de derecho. De igual suerte, si prueba el demandante que él es quien a título de propiedad ha trasmitido la cosa, cae por tierra la presunción, puesto que se ha probado el título, y éste es el que pasa

(1) Como representantes de la teoría que ve en el principio del artículo 2.279 una presunción de título, véase especialmente a AUBRY Y RAU, 5.ª edición, t. II, § 183; y acerca del problema relativo a si se da en favor del demandante una acción personal de restitución, cf. TISSIER, *loc. cit.*, núm. 837, y BUFNOIR, *loc. cit.*, págs. 372 y ss.

a ser discutido y hay que examinar su validez entre las partes conforme a las reglas jurídicas generales. En esta teoría, más aún que en la otra, el principio del art. 2.279 no subsana entre las partes los vicios del título de adquisición; pero a este resultado se llega por un procedimiento cuya normalidad y justicia son muy otras, y sin añadir nada al texto. La doctrina aportaba arbitrariamente un requisito que no se induce del texto: la jurisprudencia, tomando a la letra el concepto de presunción de título, declara inaplicable el precepto únicamente en los casos en que, probado el título, huelga hablar de presunción; en éstos, para lo relativo al juicio y normalidad del título, recobran su eficacia los principios del Derecho común.

Verdad es que si este procedimiento es más lógico y menos arbitrario, corre el peligro de quedarse corto, porque no puede servir para casos tan importantes como el que he denominado de simple *yuxtaposición de posesiones*. No se ha probado la existencia de un título constitutivo de derecho; la cuestión precisamente consiste en averiguar si entre las partes, entre los dos poseedores sucesivos, hubo título, y la índole de éste, si traslativo del disfrute o de la propiedad. En esta incertidumbre, y no habiendo prueba de la obligación de restituir, subsiste íntegra la idea de presunción y no puede prescindirse de aplicar el art. 2.279. Para hacerlo, hemos visto que la jurisprudencia recurría al concepto de *posesión equívoca;* ¿podría invocarse también, por consiguiente, igual presunción si se comprueba que el poseedor se apoderó de la cosa de buena fe, en la creencia, por otra parte, de recobrar sus derechos? No hay ya *posesión equívoca;* no hay prueba de una obligación de restituir, y menos aún prueba de un título cuya validez sea la única cuestión a ventilar; sólo nos queda el concepto de una presunción de propiedad fundada en la posibilidad de un título anterior. En el sistema de la jurisprudencia, lógicamente también habrá que recurrir en este caso extremo al principio del art. 2.279.

16. *Inconvenientes de la tesis jurisprudencial.*—Pero en realidad esta explicación es un espejismo; el concepto de presunción, admitido sin dificultad en todos los casos en que cabe la prueba en contrario, se convierte en una ficción insostenible cuando está demostrado precisamente que el poseedor pactó, por ejemplo, con un depositario infiel y cometió un abuso de confianza, perfectamente comprobado, incluso reconocido por una sentencia penal. En este caso, no puede decirse que haya margen para reconocer la posibilidad de un título posterior de cesión de su derecho por el propietario. El poseedor no alega título alguno de esta clase; sólo invoca su buena fe y un título vacío y ficticio; y la realidad es que se le hace adquirir el derecho.

Y, por otro lado, ¿cómo señalar límites a la admisión de la prueba contraria y preferencia a los elementos en este conflicto de presunciones y comparación de posesiones? La jurisprudencia no da regla fija y lo deja al empirismo en cada caso; ella es la única que puede señalar las condiciones de aplicación o, más bien, los grados de aplicación del texto para definir cuándo deja la presunción de ser *juris et de jure* para convertirse en *juris tantum*, y, por consiguiente, los casos en que hay verdadera presunción de título y aquellos otros en que esta ficción encubre una verdadera desposesión y una trasmisión del derecho.

Sólo se habla de presunciones; pero hay un campo amplio reservado a la idea de adquisición y no está señalado límite alguno entre tan distintas esferas; hay confusión de géneros y de especies, arbitrariedad peligrosa porque no es confesada; si se quiere que los Tribunales sean árbitros únicos al señalar los límites entre el campo de la presunción y el de la trasmisión del derecho, dígase claramente y sabremos a qué atenernos: el texto nada dice y lo confunde todo.

Tal es el estado jurídico en materia de propiedad mobiliaria en el sistema francés, que se traduce en una oposición de sistemas, que ora dan la preferencia al concepto de adquisición, ora aparentemente sólo reconocen el concepto de presunción, aun cuando ambos son inconsecuentes: aquél tiene que conceder algo a la presunción; éste, so pretexto de presunción, ha de admitir verdaderas adquisiciones. ¿Cómo, pues, delimitar uno y otro campo?: todo queda entregado al arbitrio discrecional.

Lo único que puede decirse es que el sistema de la doctrina tiende a restringir cada vez más la aplicación del concepto de adquisición fundada sólo en la posesión; en tanto que la jurisprudencia, obligada a atenerse al concepto de presunción *juris et de jure*, ampara con él, y con la ficción que envuelve, verdaderas desposesiones, y amplía la presunción a casos de verdadero abuso, en los que, por consiguiente, el sistema de la doctrina satisfaría con más facilidad a la justicia.

Ante estas tendencias contrarias, el legislador debe intervenir, y es tiempo ya de que intervenga.

17. *Tendencias del Derecho comparado respecto al principio "en materia de bienes muebles, la posesión equivale al título".*—Podemos añadir, por lo demás, que estas dos tendencias opuestas existentes en el Derecho francés, la de la doctrina y la de la jurisprudencia, las encontramos igualmente en aquellas legislaciones que se han inspirado más o menos, en este respecto, en nuestro Código civil.

El Código civil italiano reproduce el principio del artículo 2.279 del nuestro, sin fijar de otro modo los requisitos; pero acentúa, sin embargo, el concepto, reconocido por nuestra doctrina, de una verdadera adquisición de la propiedad, pues la posesión constituye por sí misma un título adquisitivo (art. 707 del Código civil italiano) (*). Lo mis-

(*) [Admitida por dicho cuerpo legal la existencia de "muebles por naturaleza" y "muebles por ministerio de la ley", el artículo 707 se refiere a los primeros y dice así: "Con respecto a los bienes muebles por naturaleza y a los títulos al portador, la posesión pro-

mo se puede decir del Código civil español (artículo 464) (*) (**), y LAURENT hubo de exponer el propio

---

duce, a favor de los terceros de buena fe, el mismo efecto que el título. Esta disposición no se aplica a las universalidades de muebles." La fórmula del Código italiano está reproducida literalmente por el de Venezuela (art. 783).]

(*) [El art. 464 de nuestro Código civil ha sido muy diversamente interpretado por los autores patrios. Algunos de ellos, como NAVARRO AMANDI (*Cuestionario del Código civil reformado*, t. II, págs. 188 y ss.) y ALAS (*La publicidad y los bienes muebles*, págs. 131 y ss.), siguen la opinión misma de SALEILLES, de que el art. 464 de nuestro Código sanciona un principio de adquisición de los bienes muebles por el poseedor de buena fe, y se fundan en que dicho precepto es reproducción del 2.279 del francés, que a su vez es expresión fiel del antiguo principio germánico de irreivindicabilidad de los bienes muebles. Pero otros, como MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil comentado y concordado*, t. VIII, págs. 561 y ss.), MANRESA (*Comentarios*, vol. IV, págs. 337 y ss. de la 4.ª edición), TRAVIESAS (*Extinción y reivindicación del derecho de propiedad*, en el tomo VII de la *Revista de Derecho Privado*, págs. 206 y ss.) y DE BUEN (adiciones al *Curso* de COLIN Y CAPITANT, t. II, vol. II, págs. 1.000 y ss.), entienden que la posesión de muebles no genera un derecho de propiedad inmediato—pues si así fuera no tendría nunca aplicación el apartado 1.° del art. 1.955 del Código—, y lo único que crea es una presunción de título para los efectos de la usucapión.

En realidad, no puede dudarse que el Código establece un principio o regla general de irreivindicabilidad de los bienes muebles adquiridos por terceros de buena fe, pues de otro modo no tendría sentido la frase *sin embargo* que emplea para admitir que pueda el propietario ejercitar la reivindicación en los casos de *pérdida* y *privación ilegal*. Pero el problema está—como ya decíamos en las páginas primeras—en el sentido de esta última frase, pues si la tomamos en su sentido gramatical habrá que dar la razón a DE BUEN, cuando opina que la excepción anula la regla general, ya que dentro de la *pérdida* o *privación ilegal* quedarán comprendidas todas las hipótesis en que tendría interés aplicar la regla del apartado 1.° del art. 464.

La jurisprudencia no ha tenido ocasión de abordar de un modo directo la interpretación de este artículo; pero incidentalmente ha acogido la tesis de la adquisición de propiedad. Así, en la sentencia de 19 de diciembre de 1900 se expresa que "tratándose de bienes muebles, la posesión adquirida de buena fe equivale al título y da derecho al que la tuviere y hubiese sido privado de ella ilegalmente, para *reivindicarlos* de quien los tuviere".]

(**) [Con más claridad que el Código español, e incluso que el francés, concede el Código civil argentino a la posesión de muebles la trascendencia y los efectos de una propia adquisición del dominio. Inspirándose sus autores en la doctrina de los franceses AUBRY y RAU, expresaron en el art. 2.412 que "la posesión de buena fe de una cosa mueble crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella y el poder repeler cualquiera acción de

concepto en su Anteproyecto, dándole forma más bien didáctica que legislativa (1).

En cambio, en ciertas legislaciones, singularmente en el Código civil de la provincia de Quebec (art. 2.268), hallamos expresada con precisión la idea de presunción de título, demostrando claramente el texto legal que en esta materia se trata de un precepto relativo a la prueba: hay en el artículo una especie de inversión de ella. El reivindicante conserva el derecho de probar la falta de título o los vicios que lo invalidan, aunque en un solo caso, cuando la cosa ha sido comprada en un establecimiento mercantil, en un mercado o una feria, se vuelve a la idea de verdadera adquisición resultante de la posesión; viene esto a ser como una reproducción del Derecho inglés, que sólo reconoce la adquisición en materia de muebles motivada por simple posesión de buena fe, cuando la compra se realiza en un mercado público (2); y aun así exceptúa el caso de robo. En semejante hipótesis, como en el Derecho francés, el Código civil de Quebec equipara el caso de pérdida al de robo, y a semejanza de nuestro art. 2.280 reconoce también al adquirente de buena fe el derecho al reembolso del precio pagado. El principio de la *adquisición* de buena fe queda reducido a límites severísimos bajo el influjo del Derecho inglés; pero en materia de *presunción de título* se admite la regla en toda su generalidad: están separados claramente los dos puntos de vista.

---

reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida". Aunque se habla aquí de una presunción, sin especificar la clase de la misma, no cabe duda que se trata de una presunción *juris et de jure*, ya que se concede al poseedor el poder de repeler o paralizar la acción reivindicatoria que pudiera ejercitar el legítimo dueño. En realidad, se trata, pues, como dice el profesor de Buenos Aires HÉCTOR LAFAILLE, de una adquisición *ope legis*: "La ley, más que presumir la propiedad, se la confiere al adquirente sin admitir la prueba contraria, fundándose en que hay más ventaja social en acordársela que en permitir la reivindicación contra terceros" (ob. cit., t. I, pág. 214).]

(1) LAURENT, *Avant-Projet de revision du Code civil*, t. VI, artículo 2.408, pág. 283.

(2) Véase SERJEANT STEPHEN'S, *New Commentaries of the Laws of England* (edición 1899), vol. II, pág. 73.

Esta distinción aun era más precisa en las legislaciones alemanas que podían servir de precedente al futuro Código civil alemán. Casi todas ellas se atenían muy rigurosamente a los principios del Derecho romano acerca de la reivindicación en materia de muebles, salvo prescripción abreviada. Sólo el Código civil austriaco (art. 367) había suprimido la reivindicación en materia de muebles, en el caso de adquisición de buena fe; pero el poseedor estaba obligado a probar su título de adquisición con requisitos de una precisión severísima y extraordinario rigor. Hay que llegar al Código de comercio alemán para encontrar en materia comercial disposiciones verdaderamente protectoras de la buena fe (Código civil alemán, arts. 305 y 306), disposiciones que con mayor claridad y sencillez quizá fueron trasladadas al Código de obligaciones suizo (arts. 205, 206 y 208). En realidad, la mera buena fe se acepta como título de adquisición, y se deja aparte, como cosa distinta, la cuestión de la prueba. Estos son los precedentes seguidos por el primer proyecto de Código civil alemán.

18. *El sistema francés y los redactores del proyecto alemán.*—No quiero decir con esto que sean precisamente los expuestos por mí los reparos que al sistema francés hicieron los redactores del proyecto alemán: los juristas alemanes, como nosotros cuando trabajamos el Derecho comparado a la manera antigua, cometieron el error de tomar nuestros textos al pie de la letra, leyéndolos tal cual estaban escritos, sin indagar cómo eran interpretados y, sobre todo, cómo eran aplicados en Francia. Por eso, la Exposición de motivos del primer proyecto, después de citar el art. 2.279, deja entrever que si se hace una excepción en lo relativo al poseedor de mala fe es por obra de la opinión dominante, cuando ni en la doctrina ni en la jurisprudencia francesas ha habido nunca dudas acerca de este punto. Esta vacilación e inseguridad se notan más por el contraste que señala la Exposición entre los Códigos civiles italiano y francés, al insistir en la observación de que el art. 707 de aquél sólo aplica el principio de Derecho francés en favor del poseedor de buena fe, del "adquirente de buena fe", como dicen, aun cuando el texto italiano, como el nuestro, no habla sino de "poseedor": variación de palabras que, si fuera cierta, tendría mucha importancia, porque hablando de *adquisición,* y no sólo de *posesión,* se aludiría a la existencia o necesidad de un justo título, cosa que no ocurre.

Pero si los reproches que se creían en el caso de formular al art. 2.279 no son los mismos que hubiéramos hecho en Francia, no por ello dejaron de atisbar los equívocos y los errores encerrados en una fórmula tan vaga y oscilante: había que abandonar a toda costa ese estilo de "*brocards coutumiers*" que desapareció, afortunadamente, hace tiempo de la técnica legislativa.

* * *

19. *Condiciones requeridas para la adquisición de buena fe en el primer proyecto de Código civil alemán.*—Desde el primer proyecto, el derecho alemán supo distinguir claramente los dos puntos de vista tan desgraciadamente confundidos en la fórmula única del art. 2.279 del Código civil francés: los requisitos para la adquisición de buena fe y el valor probatorio que resulta de la posesión.

Acerca del primero, había que fijar en favor de los terceros de buena fe las condiciones de adquisición originada por razón de la buena fe misma; debía ser ésta un título adquisitivo a la manera de la usucapión, no una simple presunción de propiedad; de modo que había que ocuparse de ella en el lugar correspondiente a los modos de adquirir la propiedad mobiliaria; hubiera habido falta de lógica en hacerlo con motivo de la posesión, de la reivindicación mobiliaria, o en el lugar destinado a las reglas de prueba referentes a este particular.

En general, y como principio, las condiciones de la adquisición de buena fe van unidas a la forma normal de la trasmisión mobiliaria, o sea la tradición; o, hablando acaso con más propiedad, al *contrato real de trasmisión*, que, como en Roma, comprendía dos elementos: el contractual y el real, consistente el primero en el concierto de voluntades de las partes acerca del hecho de la trasmisión y el segundo en la entrega de la posesión. Es de notar que en el Derecho alemán, como en Roma, este contrato real era un *contrato abstracto*, que en principio no puede confundirse con el *contrato obligacional*, o de un modo más general, con la causa jurídica anterior en la que se funda y por virtud de la cual se realiza y opera la trasmisión.

En la práctica no cabe duda de que ambas cosas formarán una sola: en las adquisiciones corrientes, por ejemplo, como la cosa se entrega en el momento en que la venta se realiza, el concierto de voluntades que ha de operar la trasmisión no se distingue del destinado a producir la obligación de entregar; el vendedor, simultáneamente, se obliga a trasmitir y manifiesta su voluntad de trasmitir, y estas dos manifestaciones de la voluntad constituyen una sola, de tal manera que si una de ellas es declarada nula o insubsistente, sigue la misma suerte la otra. Sólo hay interés en distinguirlas si puede hacerse abstracción de la dualidad de objetivos, o más bien de la multiplicidad de fines implícitos en el mismo acto, para reconocer la posible validez de unos siendo anulables los otros; como en el caso, por ejemplo, de que hubiera error de las partes respecto al contrato mismo, aunque mediando acuerdo de ambas acerca del hecho de la trasmisión, es decir, cuando una quiso *vender* y la otra *recibir a título de donación*; en este caso, ambas voluntades han coincidido, por lo menos, en el hecho de la trasmisión, y de consiguiente sobre él hay consentimiento; nos falta averiguar si cuando la trasmisión se ha realizado en el momento mismo del contrato el acuerdo de voluntades no quedó, en la intención tácita de

las partes, subordinado a la validez del acto jurídico considerado en su totalidad; entonces debería seguramente ser aplicado el § 139 del Código civil alemán, porque de hecho lo que hay que resolver es un problema de intención.

La dificultad desaparece cuando hay dos actos distintos y la trasmisión de propiedad es objeto de uno separado, que se realiza a título independiente y sin referencia formal a la causa jurídica que le sirva de fundamento; en sí, este acto de trasmisión es válido con independencia de su causa, salvo el ejercicio de las acciones personales derivadas de la falta de causa, si fuera anulado el contrato anterior. En este supuesto no habría más que relaciones personales, sin revocación de pleno derecho ni, con mayor motivo, resolución retroactiva de la propiedad. Si el trasmitente repite contra el adquirente, y la acción de aquél prospera, no hay resolución de la propiedad del adquirente en lo que a éste atañe; lo que pasa es que queda obligado, por virtud de la sentencia condenatoria, a realizar una trasmisión en sentido inverso, es decir, a entregar el objeto a aquel de quien lo había recibido y celebrar en beneficio de este último el contrato real de trasmisión, encaminado a reponer las cosas a su primitivo estado.

Es de notar que esta tradición abstracta, indispensable para la trasmisión de la propiedad mueble, es un acto desprovisto de formalidades, y que se facilita y simplifica singularmente con el precepto del apartado 2.° del § 854, acerca de la trasmisión puramente convencional de la posesión; el contrato es por sí suficiente, desde el momento en que el adquirente se encuentra en situación de ejercitar potestad real sobre la cosa. Por último, el § 930 sanciona lo que los romanistas solían denominar *constitutum possessorium*, contrato de trasmisión de propiedad, pactándose que el antiguo propietario se convierte en poseedor por otro y conserva la posesión en nombre del adquirente, es decir, la posesión inmediata y directa. No por ello deja de haber entonces tradición por parte del comprador, pues

adquiere la posesión mediata (§ 930). Merced a estas facilidades para la trasmisión, antes de que se realice el desplazamiento material de la cosa y de que se haga efectiva la entrega de ella, sabrán las partes lo que quieren y el comprador que no la reciba inmediatamente sabrá perfectamente a lo que se expone.

20. *Doble venta sucesiva de un objeto a distintos compradores.*—Sea de ello lo que quiera, en Derecho alemán hay gran número de casos en los que el nuevo adquirente puede convertirse legalmente en propietario, sin necesidad de apelar al mecanismo de la adquisición de buena fe, en tanto que en Derecho francés sería preciso entonces invocar la protección del art. 2.279 o, lo que es lo mismo, la del art. 1.141 (*). Son los casos en que el vendedor, sin hacer entrega de la cosa, la revende y entrega a un segundo comprador; éste, para el Derecho francés, no ha contratado con el dueño y no puede ser amparado sino por el art. 2.279; el Derecho alemán reconoce como verdadero propietario en este caso al vendedor, y el segundo comprador no necesita invocar los principios admitidos acerca de la adquisición de buena fe.

Aun cuando parece que en todo esto hay sólo un interés doctrinal exclusivamente, por cuanto que el resultado práctico viene a ser el mismo, no es así; en Derecho francés, el nuevo adquirente no halla protección sino en el art. 2.279, y sus beneficios sólo puede invocarlos cuando concurran los requisitos necesarios para la aplicación de la regla "en materia de muebles, la posesión equivale al título"; de consiguiente, es preciso que ésta sea de buena fe, como lo exige, por su parte, expresamente el art. 1.141. Ahora bien; cesa la buena fe del adquirente desde que supo que el vendedor no era ya dueño, lo cual ocurrirá siempre que haya conocido la primera venta o pueda acusársele de no haberla conocido con más exactitud.

(*) [Cf. el art. 1.473, § 1, del Código civil español.]

En el Derecho alemán, el conocimiento que de la primera venta haya tenido el comprador no estorba para reconocer que contrató con el verdadero propietario, y, por consiguiente, no puede tachársele de mala fe en el sentido jurídico de la palabra; la mala fe se funda en el supuesto de que sabía que trataba con un no propietario. Pudo, indudablemente, tener noticia de que el vendedor faltaba a otras obligaciones; pero éstas son exclusivamente personales, y no afectan a los terceros, los cuales, jurídicamente, no están obligados a respetarlas (1). De modo que el Derecho alemán sanciona en materia de bienes muebles el mismo principio protector del crédito que reconoce el Derecho francés en materia de inmuebles en la esfera de la transcripción. Según la ley de 23 de marzo de 1855, y a pesar de ciertas discusiones hace tiempo olvidadas, está sancionada la presunción de que la venta no publicada es desconocida por los terceros, presunción contra la que no se admite prueba en contrario. El comprador de un inmueble conocedor de la existencia de una venta anterior, pero que inscribe la suya, no puede ser privado, so pretexto de "mala fe", del derecho a invocar la falta de transcripción de aquélla y de oponer su propiedad a la del primer adquirente porque conociera el desapoderamiento previo del vendedor.

Si el crédito requiere esta regla en materia de trasmisión de inmuebles, en que son más graves los fraudes, ¿por qué no aceptarla igualmente para las trasmisiones de bienes muebles? Por un lado, es mucho menor la importancia del renuncio, y sobre todo son más dudosos y sospechosos los medios de atestiguar las transacciones anteriores de que haya podido ser objeto la cosa mueble; en orden a los cambios mercantiles, es necesario suprimir la amenaza de que el comprador vea impugnada su propiedad, una vez que se le ha entregado la cosa, so pretexto

(1) Véase CROME, *loc. cit.*, III, § 381, nts. 26 y 27.

de que se le había hablado de una primera venta que debió averiguar. En todo caso, y en materia de muebles, si la posesión realiza la función reconocida a la transcripción en materia de inmuebles, se le debe dar por lo menos una amplitud semejante, es decir, que en todos los casos pueda amparar y proteger al adquirente que contrata con un poseedor, y a quien se le da posesión, contra cualquier interesado que tuviera acción contra el propio enajenante.

No digo yo que deba ser rechazada la distinción entre la buena y la mala fe; como tampoco la desdeña, ni mucho menos, el Derecho alemán; lo único que pretendo es que se le reconozca la misma amplitud, no mayor, que la que tiene asignada en el sistema de la publicidad para los inmuebles.

En este particular sólo se admite la distinción entre buena y mala fe cuando hay que impugnar la regla *Nemo dat quod non habet*, es decir, cuando se opone a un adquirente la falta de título de su causante, y no en los conflictos que se suscitan entre los diversos causahabientes de un mismo causante. El vendedor *A.* que obtiene la nulidad de la trasmisión del inmueble enajenado, puede oponer esta nulidad al subadquirente *C.* que contrató con el comprador *B.*, cuyo título ha sido anulado; basta con que *A.* pruebe que *C.* conocía la nulidad que invalidaba el título de *B.*, aun cuando *C.* haya inscripto su derecho y esté reconocido como propietario en el Registro; y de igual suerte debiera proceder la reivindicación de bienes muebles instada por el propietario anterior o el dueño primitivo que haya obtenido la nulidad de la trasmisión, cuando el adquirente sabía que el vendedor no era propietario o que adquirió la propiedad en virtud de un título traslativo nulo.

En cambio, con arreglo al § 935 del Código civil alemán, cuando la cosa inmueble es adquirida mediante subasta pública y subsiguiente inmatriculación, no prospera la reivindicación que pueda intentar un comprador anterior cuyo derecho no esté inscripto en el Registro de la Propiedad, aun cuando el rematante conociera la venta anterior a la suya. Y en materia de muebles es igualmente preferido el adquirente que recibe la cosa a aquel otro comprador anterior a quien no se le hizo entrega de ella, aun cuando el segundo conozca los derechos que se confirieron al primero; porque son derechos *personales*, sin carácter *real* alguno.

De suerte que hay un perfecto paralelismo y simetría en una y otra clase de bienes en el Derecho alemán, que se preocupa de la mala fe para privarla del beneficio de adquisición cuando la cuestión es planteada acerca del contenido del derecho trasmitido por el enajenante, pero no cuando el problema se suscita entre causahabientes de un mismo causante, cuyo derecho inicial no se discute.

21. *Posibilidad de futuras inconsecuencias en el Derecho francés.*—El Derecho francés, que parece hallarse dispuesto a reconocer esta distinción en materia inmobiliaria, toda vez que el proyecto votado por la Comisión del Catastro sigue en este punto el sistema del Derecho alemán, se va a contradecir cuando se trate de muebles y de crédito mobiliario, y tendrá que tomar en consideración la buena o la mala fe, no solamente para aplicar el principio *Nemo dat quód non habet*, y en el caso de discutirse el derecho del vendedor, sino también cuando no se discuta este derecho inicial y haya que averiguar quién de entre los varios adquirentes que con él hayan contratado será el que definitivamente adquiera, frente a los demás y respecto a tercero.

22. *Referencia necesaria a la teoría de los riesgos en la compra-venta.*—Es de notar, por lo demás, que lo que en Derecho alemán atenúa la impresión un poco fuerte producida por la preferencia dada al segundo adquirente, aun conscio del fraude del vendedor, es la nueva teoría, reconocida en materia de venta, acerca de la trasmisión del

riesgo de la cosa; las pérdidas o mejoras de la cosa vendida no corresponden al comprador hasta el momento de la entrega de aquélla. La tradición, en los casos más frecuentes, al propio tiempo que transfiere la propiedad, trasmite los riesgos; y en todo caso, si no hay más que entrega de posesión, sin contrato real de trasmisión, el comprador tendrá la seguridad de que sin su conocimiento y en su daño no puede haber trasmisión de propiedad por cuanto ésta no se realiza sin entrega de la posesión, y el poseedor es él.

Hay, por tanto, un nuevo paralelismo muy legítimo establecido entre la aceptación de los riesgos de la cosa vendida y la certidumbre de ser o poder llegar a ser su propietario; paralelismo que sólo existe en apariencia en el Derecho francés, donde el riesgo se trasmite al comprador al mismo tiempo que la propiedad (*). Pero ésta, por lo demás, no es sino una propiedad nominal y teórica mientras el vendedor conserve la posesión; basta la tradición a un adquirente de buena fe para que desaparezca el derecho del supuesto dueño. En nuestro Derecho, todos los riesgos se dan contra el comprador que no ha recibido la cosa; habrá de pagar el precio de la misma si ella perece sin culpa del vendedor, y perderá su propiedad y la cosa misma si la vuelven a vender y la entregan a un segundo adquirente de buena fe. Cierto que se le concede el derecho, casi nominal, de accionar reivindicándola si el nuevo adquirente pudo saber la existencia de la primera venta.

El Derecho alemán, atendidas las necesidades del crédito, ha juzgado necesario atribuir los riesgos de ventas

(*) [En el Código español no está formulada con gran claridad la teoría de los riesgos; pero el sentido de sus textos (arts. 1.452 y 1.095) no parece ser favorable a la solución racional y moderna, conforme a la cual los riesgos pasan al comprador juntamente con la propiedad de la cosa vendida, y más bien late en nuestro Derecho la solución romana de atribuir los riesgos al comprador desde la perfección del contrato, aunque no haya mediado entrega ni, por consiguiente, trasmisión de propiedad.]

ulteriores, hechas por el propio vendedor, al comprador que no ha recibido la cosa; pero a lo menos le ha exceptuado hasta entonces de los riesgos por pérdida natural de la cosa vendida; y al hacerlo así, y descargarle de esos riesgos por pérdida que son lo menos inteligible para la conciencia popular, es cuando ha aceptado en toda su amplitud el principio del riesgo de las enajenaciones: toda enajenación ulterior en que medie tradición es completamente eficaz sin reserva ni distinción contra el titular de una compra anterior en que no haya mediado entrega; en cambio, este comprador no está expuesto a pagar el precio sin recibir nada si la cosa perece, debido a un caso fortuito, antes de entregársela.

La conciencia popular no comprende esta última anomalía, vestigio antiguo del Derecho romano; a quien no esté versado en los misterios del Derecho parece esto una irritante injusticia. Por el contrario, aquélla comprende perfectamente la compensación de los riesgos; no poseyendo el comprador, no tendrá que pagar nada nunca en caso de pérdida de la cosa, y sólo tendrá que hacerlo si la cosa se le arrebata, tanto jurídicamente (verbigracia, en el caso de una enajenación), como por pérdida material, sin perjuicio de lo que entre él y el vendedor proceda en ambos casos acerca de la indemnización.

23. *El requisito de un "contrato formal" y el primer proyecto de Código civil alemán.*—Con este sistema del Derecho alemán sobre trasmisión de la propiedad mueble no ha lugar a que se suscite el problema de la adquisición de buena fe cuando el comprador pacta con un vendedor investido del derecho de propiedad, aun cuando la cosa haya sido vendida anteriormente, *siempre que no haya mediado ya tradición.*

La cuestión se suscitaba en el caso de que el enajenante no fuese el dueño y sí sólo un poseedor sin derecho, depositario, mandatario, prestatario, usufructuario o mero propietario aparente en virtud de un título nulo.

Acerca de este extremo, y como condición para adquirir de buena fe, el proyecto primero alemán exigía dos requisitos distintos: la existencia de un contrato traslativo formal y la buena fe.

Digo un contrato *formal* porque partimos del supuesto de que se trate de una trasmisión sin contenido, que recae sobre un derecho inexistente en el enajenante; por lo cual el título de trasmisión es entonces una cosa puramente formal, a modo de un justo título, pero sin contenido real: contrato formal que, como acabamos de ver, no es el contrato productor de obligaciones y causa de la trasmisión, sino el contrato real de trasmisión consistente, por parte del enajenante, en la declaración de haber investido a su cootorgante de su derecho de propiedad y en la aceptación de esta adquisición y de la entrada en posesión por parte de este último.

Este contrato formal de trasmisión equivale a lo que cabe denominar *justo título* en materia de adquisición de buena fe; pero el concepto de éste en el Derecho alemán no corresponde a la exigencia de igual nombre en nuestro Derecho francés; no es el acto considerado en su conjunto, a la vez causa y efecto, sino el acto limitado a su efecto traslativo y *separado de su causa obligatoria*.

24. *La buena fe como segundo requisito.*—Para este modo especial de adquirir, la condición segunda, el segundo elemento, es la buena fe, como en Derecho francés; sólo que para éste es el único requisito, pues no se exige el justo título (*).

Habría profunda diferencia entre ambas legislaciones si la prueba del justo título estuviera a cargo del poseedor actual, es decir, del supuesto adquirente de buena fe; pero al ocuparnos de la presunción de título veremos precisamente que se invierte la prueba y que el reivindicante

(*) [También en Derecho español es la buena fe la única condición que se exige para la aplicación de la regla del art. 464.]

debe demostrar la falta de justo título o la nulidad del título de adquisición.

De consiguiente, dejada aparte la cuestión de prueba, no son tan profundas las diferencias con el Derecho francés como pudiera creerse: hablo de cuestión dejada aparte, no sólo porque constituye materia distinta, que habré de tratar después, sino también porque en orden a la prueba y de las presunciones nacidas de la posesión el primer proyecto fué deficientísimo y estaba impregnado en esto, como en otras cosas, de reminiscencias romanistas y antifrancesas, es decir, de hostilidad al Derecho francés.

Prescindamos por el momento de la cuestión de prueba; démosla por hecha sin preocuparnos de sus dificultades y atengámonos a la aplicación de las condiciones de fondo. Lo que quiero decir es que ateniéndonos únicamente a éstas, son casi insignificantes las diferencias entre el sistema francés y el alemán. Conviene observar que éstos coinciden cuantas veces la falta de título resulte del carácter precario del que sirvió para entrar en posesión, porque para aplicar el art. 2.279 del Código civil francés se exige posesión en concepto de propietario. Y cuando ha habido justo título, entendida ahora esta expresión en el sentido de título de adquisición de la propiedad, coinciden ambos sistemas también si es válido el título; en cuanto al uno, porque hay justo título, y en cuanto al otro, porque hay posesión *animo domini*.

Para que surja desacuerdo hay necesidad de que aparezca el caso de un título nulo en la medida en que cabe admitir que la posesión, a pesar de la nulidad, o de la resolución si es un título revocado, pueda subsistir como posesión en concepto de dueño; extremo susceptible de atenuaciones y de distinciones variadísimas (1). Mas dejando a un lado estas cuestiones, parece que en este caso habría disparidad completa entre ambas esferas jurídicas; sin

(1) Véase Bufnoir, *Propriété et contrat*, págs. 318 y ss.

embargo, no es así; porque hay que eliminar, del campo cuyos límites intentamos trazar, todos aquellos casos en que se interpone un adquirente de buena fe entre el antiguo propietario, hoy reivindicante, y el poseedor actual. Si ha habido un primer adquirente de buena fe, se ha convertido en propietario; si, a su vez, ha revendido la cosa a un nuevo adquirente, cuyo título es nulo y de quien intenta reivindicar el propietario, el poseedor demandado podrá siempre, sin que haya que preocuparse de la naturaleza y valor de su título, excepcionar alegando el derecho de propiedad de su causante, para probar que el reivindicante no era ya dueño, y que, por lo tanto, no habiendo probado su derecho, su acción es infundada. Lo mismo ocurrirá si el poseedor actual fuera un precarista, un poseedor en nombre ajeno que poseyese por un adquirente intermediario de quien recibió la cosa. Si es de buena fe este adquirente intermediario, el detentador actual excepcionará contra el reivindicante, apoyado en el derecho de propiedad del poseedor mediato, de quien procede su posesión directa.

Hay que suponer, por consiguiente, el caso de un poseedor que recibió la cosa de otro anterior no propietario; un adquirente, por ejemplo, que contrató con un depositario. Tenemos, por tanto, un primer adquirente de buena fe; de modo que si su título es nulo, podrá el reivindicante invocar esta falta de justo título, para evitar que se aplique el principio de la adquisición de buena fe. En el fondo, no hace otra cosa el antiguo dueño que lo que haría el mismo enajenante, aquel que cede sin derecho y que consiente una adquisición nula, no por razón de su contenido, y en cuanto recaía sobre un derecho que no le pertenecía, sino nula como título formal de adquisición.

Planteado de esta suerte el problema, según el carácter de la nulidad, según que pueda ser invocada por cualquier interesado o por una de las partes únicamente, envuelve matices distintos; en el último caso quizá haya

que resolver otra cuestión, por lo menos si el reivindicante actual es acreedor del enajenante, caso frecuente, por ejemplo, si el enajenante era un depositario infiel y quien ahora reivindica es el depositante; habría entonces que ventilar el problema de si corresponde al acreedor el derecho de ejercitar las acciones de su deudor.

Sea de ello lo que quiera, en tanto que al antiguo propietario se le reconozca el derecho a invocar la nulidad del título, su intervención implica casi que el enajenante rehusa invocarla, y esto hace sospechoso el carácter de la adquisición del poseedor actual y hace temer que, a pesar de las apariencias, es cómplice del enajenante infiel y no hay en sus relaciones respectivas más que un título aparente encaminado a engañar al que verdaderamente tiene derecho a la cosa.

En semejante caso, la condición relativa a la exigencia de justo título viene a ser un suplemento de garantía o de seguridad, o, si se quiere, una garantía más que confirma la buena fe del poseedor; no siendo ésta sino presunta y resultando difícil de practicar la prueba de la mala fe, se ha creído necesario apoyar la buena fe en un conjunto de condiciones normales que la justifiquen aparentemente.

25. *El justo título como requisito, a su vez, para la adquisición de buena fe.*—Recuérdese, además, según hemos dicho varias veces, que esta falta de título supone que el título sospechoso que se discute es únicamente el contrato real de trasmisión, no la causa jurídica anterior en virtud de la cual ésta se ha realizado. El título que el Derecho alemán exige como condición para adquirir de buena fe es una tradición de naturaleza traslativa (1).

La inexistencia o nulidad del título anterior que sirvió de causa no impide que exista el justo título en cuanto tra-

---

(1) Véase CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, III, § 381, n. 16.

dición, tal como acabamos de exponerlo. Y si se diera acción para repetir por falta de causa, el triunfo de ella no podría destruir retroactivamente, respecto a los terceros, el título de trasmisión adquirido: el adquirente que suponemos de buena fe, continuaría poseyendo el justo título bastante para justificar la adquisición en tal concepto.

Supongamos el caso del heredero de un depositario que creyó a éste dueño de buena fe de la cosa, y que él lega a su vez: muerto aquél, su heredero entrega el objeto legado y el legatario adquiere la propiedad por este contrato real de trasmisión (§ 2.174 del Código civil alemán). Con posterioridad se encuentra un nuevo testamento revocatorio del primero, o bien el heredero descubre una causa de nulidad y obtiene ésta; y en tal momento averigua el dueño que ha desaparecido la cosa depositada y que se halla en manos del legatario, y ejercita contra éste la acción reivindicatoria. El legatario tiene buena fe y justo título, porque éste lo constituye el contrato de trasmisión que le transfirió la cosa legada; verdad es que el contrato real de trasmisión carece de causa; pero el § 929 del Código civil alemán restringe el contrato de trasmisión a la estipulación traslativa de propiedad, con separación de su causa jurídica, y, por otra parte, el 932, que se ocupa de la adquisición de buena fe, no exige otra condición, mientras se trate de justo título, que esta convención de que habla el 929, sin más referencia a la causa jurídica que sirve a aquélla de fundamento.

Véase por qué he supuesto un legado de cosa ajena; el § 932 no se ocupa más que de la adquisición procedente de persona que no sea propietario y no modifica, so pretexto de buena fe, las relaciones jurídicas existentes entre causante y causahabiente. Si hubiera sido heredada del verdadero propietario la cosa legada y que el heredero entregó, la tradición hecha por él, fundado en un testamento revocado o declarado nulo más tarde, no envolvería indudablemente nulidad, pero justificaría el que por falta de causa repitiera el heredero contra el legatario que adquirió la posesión. A ello no se opone el precepto del citado § 932. En el caso supuesto por mí no correspondía esta acción al propietario para reivindicar del actual poseedor una cosa legada a él por quien no era dueño; estaría amparado el poseedor actual en este caso por el citado § 932. Como se ve, también en este punto conducen a un mismo resultado práctico el Derecho alemán y el francés.

Para que el propietario reivindicante pudiese alegar la inexistencia del título es preciso suponer que, trátese de la inexistencia propiamente dicha o bien se trate de nulidad, lo que falta es la trasmisión traslativa de la propiedad, el contrato abstracto de que se ocupa el § 929 del Código civil alemán; son casos en que el poseedor, de todas suertes, carece de derecho para conservar la cosa, porque el trasmitente está capacitado para recobrarla; y ¿qué importa entonces a este poseedor la persona a quien ha de restituirla? Pero si entre él y aquel de quien la tuvo mediase inteligencia para prescindir de la acción recuperatoria que pertenece a este último, no debe ser víctima de tal fraude el verdadero propietario; y entonces éste, no obstante la buena fe del poseedor, podrá ejercitar su acción reivindicatoria y alegar la falta de título para recobrar así lo que le pertenece y enervar los efectos de la adquisición de buena fe.

Lo mismo pudiera decirse de aquel poseedor de buena fe que en la creencia de que es propietario entra por sí mismo en posesión de la cosa, haciéndose así justicia por su mano y quedando, por tanto, privado de justo título. Tampoco en este caso cabe suponer que haya cuestión entre causante y causahabiente; materia en que es inaplicable el § 932, que no puede servir para sustituir el título que falta o que queda anulado en las relaciones entre el poseedor y aquel de quien cree que procede su derecho. Así, por ejemplo, si en la creencia de que se ha convertido en propieta-

rio de la cosa que le era debida, la arrebata de manos del deudor, aunque lo haga de buena fe, jamás equivaldrá a un justo título esta toma de posesión. El legatario, verbigracia, pudo creer que el legado es suficiente para, sin tradición, trasmitirle la cosa, y se apodera de ella; no es aplicable aquí la adquisición de buena fe, porque el problema consiste en determinar la relación jurídica existente entre poseedor y propietario, a la que no se refiere lo dispuesto en el § 932. Pero si volvemos al primer caso de una cosa legada *a non domino* y el legatario se apodera de ella sin aguardar la tradición, y la reivindica luego el verdadero propietario, también en esto hay oposición entre el Derecho alemán y el Derecho francés: para éste sería un poseedor de buena fe y con esto le bastaría; en Derecho alemán le haría falta un justo título, y como el legado no es un título de propiedad, necesitaba un contrato real seguido de tradición, conforme a los §§ 932 y 929 (1).

Recordaremos que todas estas soluciones están encaminadas al caso en que el poseedor actual, que se supone de buena fe, o cuya mala fe no está probada directamente, recibe la cosa de un poseedor anterior que tampoco puede invocar la adquisición de buena fe; y no extrañará el resultado a que nos lleva el mecanismo del sistema alemán. No es necesario que el verdadero propietario corra el riesgo de ser víctima de una toma de posesión exclusivamente unilateral, que pudiera no tener otro objeto sino encubrir la complicidad de un detentador precario, propicio a la abierta comisión de un abuso de confianza y deseoso de dar a entender que ha sido despojado sin tomar en ello parte; tampoco es preciso que la aparente buena fe del poseedor pueda ser engañosa y prestarse a manejos sospechosos, si las circunstancias son tales que resulte difícil suministrar directamente la prueba en contrario.

* * *

(1) Véase PLANCK, en el comentario al § 2.174.

26. *Sistema del Derecho alemán en lo tocante a la buena fe exigida al poseedor.*—Acabamos de ver los puntos en que el Derecho alemán estaba en peligro de ser un poco más severo que el Derecho francés al exigir un justo título, y ahora vamos a señalar otros en que, por el contrario, en materia de buena fe, se nos muestra más protector del crédito mobiliario que el tan amplio y vago principio del art. 2.279 del Código civil francés.

Prescindamos primeramente de una serie de casos tratados ya, como los de conflicto entre diversos causahabientes de un mismo causante, al cual podría llamársele *conflicto entre causahabientes paralelos.*

Todos estos casos están perfectamente separados, en Derecho alemán, de aquellos otros que el Derecho francés ha confundido con ellos y en donde hay un conflicto distinto: el que se suscita entre causahabientes sucesivos, cuyos derechos proceden directa e inmediatamente uno de otro, es decir, de enajenaciones gradualmente encadenadas; a estas pugnas las denominaría yo *conflicto entre causahabientes sucesivos,* en oposición al que suscitan los causahabientes paralelos.

El conflicto entre causahabientes paralelos, trátese de muebles o de inmuebles, está regido únicamente, en el Derecho alemán, por la fecha de la trasmisión, y como ésta no es realizada sino mediante un acto formal y público, tradición o inmatriculación, por consiguiente, rige la fecha de esta formalidad, tradición en el caso de muebles, y en el de inmuebles, cesión judicial o inscripción. Se atiene aquel Derecho, pues, a una fecha real y no ficticia, y, tratándose de la fecha misma de la trasmisión, no hay para qué hablar de la aplicación del principio de la legitimación, o sea de lo que nosotros preferimos llamar la *fuerza probatoria.* No es una cuestión de presunción, puesto que se acude a la realidad misma; y desde el momento en que no se discute la fuerza probatoria, ni la presunción, no hay para qué ocuparse de la buena o mala fe del adqui-

rente y de si pudo o no pudo conocer las relaciones u obligaciones de su autor para con otras personas. Compréndese el valor atribuído a la buena fe cuando se admite una excepción a la regla jurídica, y, por consiguiente, hay modificación derogatoria en el estado de derecho si esta excepción es admisible sólo por razón de la buena fe del interesado. Nada, por el contrario, tiene de particular entonces dejar seguir su curso al derecho común y aplicar la regla, cuando hay prueba de que el tercero interesado en que la Ley le proteja contra aquélla ha sabido la situación jurídica; la equidad aconseja entonces relacionarla con la buena fe y tomarla en consideración.

Pero cuando no se trata de excepción a una regla, sino de fundar esta misma y señalar las condiciones en que ha de ser aplicada, de tal suerte que éstas dependan de un acto de publicidad reconocido, en interés de los terceros, no sucede lo propio. En materia de muebles, la tradición, y la cesión judicial seguida de inscripción, tratándose de inmuebles, no son medios protectores auxiliares de la buena fe y constitutivos de garantía definitiva en beneficio de adquirentes de buena fe; son los requisitos mismos de la adquisición, cualquiera que sea el adquirente y obre de buena o de mala fe. Tales son en Derecho alemán las consecuencias del sistema formalista de adquisición de los derechos reales, en oposición al sistema idealista del Derecho francés, que se atiene al contrato puro y simple, y, por tanto, incluso al contrato oculto, por un respeto, acaso excesivo, al principio de la autonomía de la voluntad (*).

(*) [El Código español no siguió en este punto a su modelo francés, y exige la tradición—y no el simple consentimiento—para la adquisición del dominio (arts. 609 y 1.095). Las legislaciones americanas adoptan variados sistemas. He aquí los grupos en que podemos distribuirlas:

a) Legislaciones que conservan el sistema espiritualista del Derecho francés, considerando los contratos como modos de adquirir. Son ejemplo el Código guatemalteco (arts. 690 y 1.479) y el venezolano (art. 787).

b) Legislaciones que se atienen al sistema romanoespañol, haciendo transferir el dominio por la tradición. Sirvan de ejemplo el Código del Uruguay (art. 705) y el de la Argentina (art. 577); y

c) Legislaciones que combinan el sistema romano con el de la publicidad para los bienes inmuebles. Pertenecen a este grupo el Código de Chile, que hace transferir el dominio por la tradición (art. 588), pero con la particularidad de que la tradición del dominio y derechos reales sobre los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el Registro (art. 686), y el del Brasil, que hace adquirir las cosas muebles por la tradición (art. 620) y las inmuebles por la transcripción del título de transferencia en el Registro inmobiliario (art. 530). Es este último un sistema muy progresivo, que sólo difiere del alemán en no admitir el llamado *contrato abstracto de enajenación*, a la manera germánica.]

La función social del Derecho está una vez más en oposición directa con la idea de cimentar el Derecho únicamente en la voluntad, con independencia de las repercusiones generales que pueda producir el cambio realizado en el orden jurídico; manifestación de aquel falso concepto filosófico que considera que en el orden privado tiene el hombre el derecho a obrar libremente por sí mismo, sin tener en cuenta los resultados que estos actos jurídicos suyos puedan producir en la comunidad a que pertenece, y que olvida que el Derecho no puede actuar en un medio social organizado sin causar movimientos infinitos en el resto del organismo que le sirve de campo de aplicación y que, por consiguiente, cuando estas repercusiones llegan a ser demasiado importantes para que la sociedad se desentienda de ellas, la voluntad autónoma no puede obrar y ser creadora de derecho sino a condición de hacerlo públicamente, al amparo de las formas que protejan los intereses de los demás y los intereses sociales ligados al acto individual.

De todas suertes, el Derecho francés continúa fiel al idealismo de la época de la Revolución, y hasta la redacción del Proyecto de la Comisión del Catastro ha sostenido el principio de los arts. 711 y 1.138 del Código civil (1), tanto en materia de muebles como de inmuebles.

(1) Véase el dictamen de M. Massigli, núms. 2 y ss., *Procès-verbaux de la Commission du Cadastre*, fasc. núm. IX (Actas de la Comisión del Catastro, fascículo núm. IX).

27. *Los conflictos entre causahabientes paralelos y las cuestiones entre causahabientes sucesivos en Derecho francés.*—Resulta, pues, y lo mismo ocurrirá con el sistema de publicidad completa aceptado por la Comisión del Catastro, que en el caso de conflicto entre causahabientes simultáneos, el problema a resolver no es el de la forma de trasmisión, sino el de la fuerza probatoria; tradición y transcripción desempeñan la función de medios de prueba para suministrar una forma de prueba legal. Comoquiera que en el fondo no hay en esto tampoco más que una cuestión de presunción, procediendo con lógica, en este conflicto entre adquirentes simultáneos habría que distinguir la buena de la mala fe. Y no se trata aún sino de la protección en favor de la buena fe; la trasmisión es realizada por el contrato, no por el acto formal de tradición o transcripción, que sólo sirve para establecer la protección en favor de la buena fe, y, por consiguiente, hay que excluirlo en caso de mala fe. El Derecho francés, cuando se trata de muebles y de entrada en posesión de ellos (art. 1.141 del Código civil), sigue esta lógica necesaria; la entrada en posesión de un bien mueble no constituye más que una presunción de propiedad en beneficio del adquirente de buena fe; tal es el caso, no sólo cuando se trata de amparar frente a un subadquirente los vicios del título de adquisición de su causante, sino también para señalar el lugar de prioridad con respecto a otro adquirente del vendedor mismo. Para el poseedor habrá de consistir la buena fe, no sólo en la ignorancia de los vicios del título de adquisición de su causante, sino además en el desconocimiento de la venta celebrada anteriormente, porque la buena fe consiste en no saber la falta de derecho del trasmitente; y en Derecho francés, el vendedor que vendió la cosa mueble y vuelve a venderla a otro, no es propietario, por lo cual, si esta primera venta es conocida del segundo comprador, no ignoró, por consiguiente, la falta de título de su causante, y el poseedor lo será de mala fe, a tenor del art. 2.279.

La ley de 23 de marzo de 1855, conservándose fiel en la esfera de la fuerza probatoria, tuvo que romper con esta consecuencia lógica del principio y reconocer como presunción legal que el adquirente de un inmueble tiene siempre buena fe si no ha sido inscripta la venta anterior; se le reputa ignorante de ella y no se admite prueba contra él sobre este particular.

El Proyecto de la Comisión del Catastro ha tenido que reconocer igual sistema; sin embargo, en el caso de conflicto, muy distinto, entre causahabientes sucesivos, es decir, cuando se ventilan las consecuencias que para el subadquirente tiene la anulación del título de su causante, distingue según haya o no conocido la causa de anulación; para él, la transcripción no constituye la presunción irrebatible del derecho que creyó inmutable en su causante por el hecho de la transcripción como propietario; es admitida contra él prueba de haber sabido que era sospechosa la inscripción. Por el contrario, respecto de otro causahabiente de su causante, no cabe prueba de que haya conocido los defectos de la inscripción de propiedad a favor del vendedor propietario del inmueble, aun cuando ya no siga siendo dueño. Existe, pues, diferencia en uno y otro caso, en cuanto a los efectos de la fuerza probatoria, distinción que, aunque lógicamente no se comprenda bien, prácticamente fué necesario reconocer.

Acerca de los bienes muebles, la lógica ha predominado sobre la práctica. El que el vendedor se halle en posesión no constituye para el comprador una presunción indiscutible de buena fe, ni prueba que no haya podido conocer una venta anterior que haya privado al vendedor de sus derechos. Y siempre será admitida la prueba de que el adquirente conoció la venta anterior y, por tanto, no cabe aplicarle la presunción del art. 2.279, cosa lógica, porque se trata de una presunción.

28. *Posibilidad de una posesión de buena fe con respecto al vendedor y de mala fe respecto al primer comprador.*—Como en Derecho alemán no hay presunción, sino condiciones para la adquisición, nada importa que exista una venta primera y que sea conocida del comprador segundo a quien se hace tradición de la cosa; porque lo cierto es que el adquirente contrata con un vendedor que permanece siendo propietario y que sabe que lo es.

Pudiera preguntarse si en Derecho francés el conocimiento de una venta anterior pugnaría con la aplicación del art. 2.279, no sólo cuando se trate de un vendedor que había sido verdadero propietario de la cosa, a lo menos cuando la trasmitió al primer comprador, sino también en el caso de que los dos adquirentes paralelos hubiesen tratado de plena buena fe, en este punto, al menos, con un individuo no propietario.

Tanto el primero como el segundo adquirente, trataron con un vendedor, creyendo que era legítimo propietario, e ignorantes de que sólo era un usufructuario o un depositario; el segundo comprador conoció, de todas suertes, la existencia de la primera venta celebrada, aunque no seguida de tradición. Este comprador, en realidad, lo fué de buena fe respecto al verdadero propietario que reivindica contra él; pero lo era de mala fe para con el primer adquirente, excluído de la contienda porque no está amparado por la posesión y porque contra él hubiera sido siempre eficaz la reivindicación. Puesta la cuestión sólo entre el propietario y el poseedor actual y no entre dos adquirentes paralelos, se puede afirmar que el poseedor tenía buena fe frente al demandante y que éste no puede invocar la mala fe de este poseedor respecto a un tercero.

Esta cuestión jamás podrá plantearse en Derecho alemán, porque como el poseedor ha recibido del vendedor la cosa primeramente y, por lo tanto, para él hay tradición, en el aspecto jurídico a lo menos habrá de reconocérsele la buena fe por todo el mundo, y ni otro adquirente ni nadie puede invocar contra él el conocimiento que haya podido tener de una venta anterior.

29. *La falta de causa y la nulidad de la tradición en Derecho alemán.*—Prescindamos ahora de este problema, que no es el que prevé el Derecho alemán cuando distingue entre buena y mala fe. Conforme a los términos mismos del texto legal, supone al adquirente pactando con un no propietario, y el conflicto surge luego, bien con el dueño verdadero, bien con un vendedor anterior que obtuvo la nulidad de la adquisición hecha en beneficio de aquel con quien ha pactado el poseedor; y, en rigor, ni siquiera este segundo caso lo prevé el texto expresamente, pues no habla más que de adquisición *a non domino*, y guarda silencio respecto a aquel que ha adquirido de un dueño cuyo título sea anulable. Pero no cabe duda que hay que colocar en el mismo pie los dos casos, porque no es posible que se haya querido proteger al que trata con un no propietario sin hacerlo también al que adquiere de un propietario cuyo título es revocable; y si ambos casos deben recibir igual trato, quiere decir esto que para uno y otro son requisitos indispensables de la adquisición tanto la buena fe como el justo título, con objeto de que no se aplique al poseedor actual el principio "*resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*". Ahora bien; así como frente al propietario consistirá la mala fe en haber conocido la ausencia total de derecho del vendedor, frente a un vendedor anterior, que obtiene la nulidad de la penúltima enajenación efectuada, la mala fe (para el subadquirente) consistirá en el conocimiento de la imperfección del derecho de su causante y la anulabilidad de que el mismo estaba amenazado. Si la ha conocido, para él carece de buena fe la adquisición, es decir, de una de sus condiciones, y recobra eficacia y se le aplica el principio "*resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*" (1).

(1) Véase PLANCK, *loc. cit.*, III (acerca del § 932, núm. 2.°), pág. 186.

Ahora debemos fijar exactamente lo que ha de conocer el adquirente para calificarlo de mala fe. Tiene que ser una causa de nulidad o de anulación que afecte a la trasmisión como tal acto de trasmisión de propiedad; no basta que haya conocido la existencia de una obligación puramente personal de su causante, que exija la restitución de la cosa a otro, aunque sea a aquel de quien la ha adquirido; así sucedería, por ejemplo, con la existencia de una causa de nulidad que invalidase el contrato en cuya virtud se ha operado la trasmisión, aun cuando no adoleciese de vicio análogo la tradición subsiguiente; porque el contrato real de trasmisión y, por tanto, la tradición, es un contrato abstracto, independiente de toda causa jurídica, y si esta última es nula o inexistente, sin que la tradición esté por ello afecta de motivo alguno de nulidad propia, tal falta de causa sólo engendra respecto al adquirente una obligación personal de restituir, sin que la adquisición quede resuelta de pleno derecho. Por tanto, el subadquirente que con él pactó ha contratado con un propietario cuyo derecho era perfecto y no se hallaba sujeto a vicio alguno ni amenazado, en consecuencia, de nulidad ni revocación: ha tratado con el verdadero propietario, aun cuando éste pudiera estar sujeto a una obligación personal de restituir. El poseedor ha adquirido del propietario; está protegido por los principios de Derecho común que rigen la adquisición del derecho de propiedad cuando procede de un verdadero propietario; no le es aplicable el principio del § 932, salvo siempre, como es lógico, todo lo relativo al delito civil, con arreglo a los §§ 823 y siguientes.

30. *Comparación con el Derecho francés acerca de esta materia.*—Prescindiendo también de este último punto y dejando a un lado, por consiguiente, la distinción anterior entre la falta de causa y la nulidad de la tradición propiamente dicha, pudiera admitir el Derecho francés las soluciones recientemente expuestas, siempre que exis-

tiera mala fe en el adquirente, a tenor del art. 2.279 del Código civil francés, como ocurre con el § 932 del Código civil alemán, en los casos de no haber ignorado el adquirente los vicios del título de adquisición de su causante.

Un comprador sujeto a condición resolutoria o a otra causa de resolución vende la cosa, y el adquirente conoce la causa de revocabilidad del derecho que le es trasmitido. Resuelta la venta, el vendedor primitivo vuelve a adquirir la cosa de pleno derecho y con efecto retroactivo y la reivindica del poseedor, que le opone el principio "en materia de bienes muebles, la posesión equivale al título". Pero el vendedor originario replica a éste diciéndole que conoció la deficiencia del derecho de su causante y que, por consiguiente, ha tenido noticia de los derechos que eventualmente pudieran corresponder al demandante, y, en su virtud, no puede tener buena fe frente a él. Este poseedor, en efecto, supo que el actual reivindicante permanecía siendo propietario eventual, y que trataba, en su vista, con un propietario cuyo derecho podía ser resuelto, y resuelto retroactivamente; y, llegado el caso, no puede invocar su posesión ni oponerse a la reivindicatoria pidiendo que no se aplique la regla "*resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*".

En el Derecho francés hay que llegar, sin embargo, hasta el fondo del principio y reconocer que el título de adquisición, anulado o resuelto, no es la tradición que hizo el primitivo vendedor al primer adquirente (tradición que por sí misma no produce efectos traslativos en el Derecho francés), sino que la nulidad o resolución es del contrato no abstracto en cuya virtud medió aquélla, o de un modo más general, de la *causa jurídica* que generó el derecho en beneficio del adquirente intermedio, del cual, a su vez, hubo el poseedor actual de recibir la cosa.

Así, pues, cabe que haya inexistencia o nulidad de la causa jurídica anterior y ser perfectamente válida la tradición, si ésta fué objeto de un contrato independiente.

No en Derecho alemán, por razón del carácter abstracto del contrato de trasmisión, pero sí en el francés, tendrá mala fe el poseedor actual cuando haya conocido los vicios del contrato productor de la obligación de entregar.

31. *El aspecto interno-privado y el externo-público de la trasmisión en Derecho alemán.*—El Derecho alemán cortó la correlación entre los dos contratos y el enlace de uno a otro no repercutirá más que entre las dos partes contratantes. El contrato *obligacional*, no abstracto, es ignorado y carece de eficacia frente a los causahabientes del comprador, y jurídicamente no se tiene en cuenta el conocimiento que pudieran tener de él; respecto al subadquirente, como respecto a un tercero cualquiera, el único acto que importa es el acto formal, porque él y no otro es el que encarna el valor social de la trasmisión.

Supongamos una venta estipulada en estado de inconsciencia o incapacidad, y supongamos que el vendedor *A.* muere antes de realizar la tradición; que el heredero del mismo, *B.*, suponiéndola válida, pacta con el comprador *C.* el contrato real de trasmisión, y que este comprador revende la cosa a un subadquirente, *D.*, que tuvo conocimiento de las condiciones en que se realizó la primera venta. Posteriormente, *B.* averigua las dichas condiciones de la venta y pide su anulación; pero el acto traslativo, realizado por él válidamente, subsiste; puede repetir contra *C.*; acaso pueda accionar igualmente contra *D.*, si entre este último y su causante, *C.*, medió acuerdo fraudulento para perjudicar los derechos de *A.* Mas esto aparte, el que el poseedor actual, *D.*, pueda haber conocido la causa de nulidad de que adolecía la venta inicial no le constituye en mala fe respecto al heredero del vendedor, *B.* Así ocurrirían las cosas en Derecho alemán.

No así en Derecho francés, porque para éste el contrato es el único título de adquisición; y si admitimos que puede haber mala fe en contratar prescindiendo de los vicios del título de adquisición del propietario cootorgante,

es necesario que estos vicios recaigan precisamente sobre el propio contrato nuevo, productor de obligaciones, y no sobre el acuerdo ulterior de voluntades respecto a la entrega.

Siempre, en nuestro Derecho, se toma en consideración el conocimiento que haya podido tener el adquirente de un título de adquisición; será unas veces conocimiento del título creado en favor de otro adquirente paralelo; será, en otras ocasiones, el título que ha motivado la entrada de la cosa en el patrimonio del último vendedor; pero siempre hay que remontarse al propio contrato *no abstracto* y considerar en conjunto y en su complejidad el acto de trasmisión. Contra quien lo haya conocido podrá invocarse el juicio que pudo formar del acto en todos sus detalles y considerando sus causas todas de nulidad y caducidad, no sólo lo que pudo relacionarse con el acto formal y público que materializa la trasmisión, sino lo referente a los convenios ocultos celebrados entre las partes, en cuanto que haya podido tener noticia de ellos por un medio cualquiera.

El Derecho alemán ha colocado en compartimientos estancos estas dos materias: a un lado, cuanto corresponde al contrato, y que es privativo de las personas que en él intervienen, sin repercusión alguna para las demás; de otro, el aspecto externo y público, la expresión social del acto de trasmisión, que, respecto a los terceros, es la única que vale. El subadquirente, salvo el caso de fraude o de ilicitud, no tiene para qué preocuparse sino de lo que hay en este segundo aspecto, y sólo de lo referente a este factor externo y público del acto de trasmisión es responsable en caso de imprudencia y mala fe. Cuanto sepa en esta materia se le imputa como riesgo a su cargo; todo lo demás, el aspecto interno del acto, las convenciones ocultas, sólo afectan a las partes; no importan más que a los interesados.

32. *El contrato traslativo como elemento formal de*

la trasmisión.—El Derecho alemán, que es más severo que el nuestro en materia de *adquisición de buena fe,* por lo que respecta al justo título, lo es mucho menos en cuanto a la *amplitud de esta buena fe;* y esto, que parece a primera vista una contradicción, no es, sin embargo, más que la manifestación de un único punto de vista: el de la idea de un contrato *real* de trasmisión, en que encarna el valor social íntegro de la trasmisión del derecho, y exigido, por consiguiente, como factor indispensable, pero bastante, por lo que toca a los requisitos de la adquisición de buena fe.

Por eso, por ser este contrato traslativo el elemento formal de trasmisión y adquisición del derecho, independientemente de cualquiera otra causa jurídica anterior, la apreciación de la buena fe está limitada a los elementos, sencillísimos y restringidísimos por lo demás, que la constituyen. Por eso también se ha reputado indispensable este contrato traslativo, meramente formal desde luego, para la adquisición de buena fe. Es que se creyó inadmisible que la propiedad, sólo con la buena fe y sin considerar la legitimidad de la trasmisión por un titular anterior, pueda ser ganada por quien, aun en el caso de haber pactado con el verdadero propietario, no habría adquirido derecho alguno por falta de un título eficaz.

En el ejemplo del legatario que creyó haber adquirido la propiedad a consecuencia del legado y tomó él mismo el objeto, es indudable que, aunque la cosa hubiera pertenecido al testador, no bastaría esta toma de posesión para que, a tenor del § 2.174 del Código civil alemán, adquiriese el legatario la propiedad, por faltar la trasmisión normal por parte del heredero; ¿por qué se pretende que, perteneciendo la cosa a otro, sea eficaz este acto de justicia personal para quien se apodera indebidamente del objeto? ¿Lo sería acaso tratándose de una cosa cuya propiedad pudo legarse legítimamente a otro? Se dirá que el legatario era de buena fe por haber creído dueño al testador;

¿qué importa esto? Muy otra y mucho más favorable sería su situación si el testador hubiese sido realmente propietario de la cosa y no hubiese corrido peligro, por ser ella ajena, de despojar a nadie con su legado; porque el legatario no hubiera atentado entonces al derecho de nadie, mientras que, no obstante su buena fe, se hace ahora cómplice de un ataque a la propiedad ajena. Y, sin embargo, en el primer caso, por excusable que haya sido su error, el apoderamiento no le ha adueñado de la cosa legada, aunque el heredero estuviera personalmente obligado a trasmitírsela. ¿Por qué, entonces, en el segundo caso, en que el conflicto se suscita con un verdadero propietario amenazado en sus derechos, se quiere que baste la buena fe para hacer de la posesión una propiedad inconmovible en lo futuro y que pueda ser opuesta al verdadero titular? Y no digamos que en ello tenga interés alguno el crédito: éste puede hallarse interesado cuando el acreedor ha realizado cuanto debía hacer para convertirse en dueño, es decir, contratado válidamente con quien creía fuese el propietario, y la deficiencia procedía de un defecto jurídico que no pudo comprobar; pero no se halla interesado el crédito cuando lo que falta es el contrato mismo entre adquirente y enajenante; la posesión de buena fe no tiene por objeto amparar los vicios del título de adquisición. Y esto, que es ciertísimo cuando el conflicto aparece en la relación entre causante y causahabiente, ¿por qué no ha de serlo cuando aquél estalla entre el poseedor y el verdadero propietario? El que éste sea extraño a la enajenación y un tercero en tal concepto, no es una razón de que se le prive de hacer frente a su adversario para hacerle ver que carecía de derecho para invocar un título de adquisición de la propiedad frente a aquel de quien él creyó recibirla, y, por tanto, menos aún puede titularse propietario frente a quien verdaderamente tiene derecho al objeto.

La afirmación contraria equivaldría a hacer de la mera

posesión un título de adquisición, no sólo a los fines de legitimar la situación del poseedor en beneficio de los causahabientes que trataran con él, engañados por las apariencias, sino en su propio provecho y respecto a todos los anteriores derechohabientes; sería darle un valor igual al que tenía la inmatriculación en los libros del Registro inmobiliario en ciertas leyes anteriores al Código civil alemán, como las de Hamburgo y Lübeck (que siguió el Código civil sajón, § 226), en las cuales bastaba la inscripción para trasmitir la propiedad de los inmuebles sin más acuerdo de voluntades. El contrato anterior era nada más que una condición previa para la adquisición; y si faltaba, podía justificar la repetición por falta de causa; pero no era un elemento formal intrínseco, como en el sistema contractual prusiano de 1872, tal como ha pasado al actual Código civil alemán. Lo que ha llegado a constituir el elemento fundamental de toda trasmisión de propiedad mueble o inmueble es el principio del contrato *(Konsensprinzip)*, reducido indudablemente a un simple contrato abstracto, en forma de contrato real de trasmisión; y en este contrato es en el que se basa la formalidad que se realiza mediante la publicidad de la trasmisión, inscripción para los inmuebles, posesión para los muebles. Pero sin contrato real de trasmisión es ineficaz por sí mismo el elemento consecutivo de la publicidad, sea inscripción o posesión; y si lo es frente al enajenante y propietario supuesto, con mayor motivo debe serlo para el verdadero propietario, cuando aquél no lo era (1).

33. *La adquisición "a non domino" como tercer requisito implícito en Derecho alemán.*—Este es el sistema esencialmente categórico y lógico de la adquisición de buena fe en Derecho alemán, que puede completarse agregando a las estudiadas, título y buena fe, una tercera condición

(1) Sobre todos estos puntos, véase ENDEMANN, *loc. cit.*, t. II, § 81, n. 12.

negativa: la de que el poseedor haya adquirido de un no propietario o, lo que es lo mismo, de uno cuyo derecho sea anulado. Así lo dice el § 932, que sólo prevé expresamente este caso del poseedor que adquiere de quien no era dueño, lo cual equivale a excluir el caso contrario, o sea el de adquisición procedente de quien lo es. El error del poseedor acerca de los vicios de su adquisición no lo salvan la posesión ni la buena fe que tuviera sobre este particular; afirmación del principio invocado tantas veces en las observaciones anteriores de que la posesión de buena fe no tiene por objeto purificar los vicios del título de adquisición.

Hay que adelantar más, sin embargo; y tomando en cierto modo al pie de la letra las palabras del § 932, excluir de la adquisición de buena fe al adquirente que trata con un no propietario, creyéndole autorizado al efecto, y sabe en el acto que no es un propietario. No serviría de nada la circunstancia del error en que haya incurrido el comprador respecto a las facultades de disposición del vendedor, cosa frecuente en las ventas realizadas por representante o comisionista. Pues bien; salvo lo que por excepción dispone el Derecho mercantil, en principio, el error que recae, no sobre la falta de derecho, sino sobre la falta de facultades, no se subsana con la buena fe y la entrega de posesión al adquirente. Claro está que esto no es aplicable si el representante se atribuye el carácter de dueño de la cosa, porque en este supuesto la buena fe consiste en tratar con un no propietario creyendo que lo es; para casos semejantes estableció el § 932 la protección que ofrece. Pero no es éste el caso cuando el adquirente ha sabido o debido saber, por lo menos, que trataba con un no propietario, porque veremos que la ignorancia imputable a falta grave se asimila a la mala fe. No se trata entonces de error sobre falta de derecho, sino sobre la existencia o la extensión de los poderes que ostenta el vendedor, y al adquirente toca, por consiguiente, cerciorarse de ellos y exigir

la exhibición del poder, o, de una manera general, que el vendedor pruebe el mandato y el carácter que invoca: si no hay tal prueba o el comprador prescinde de ella, habrá de conformarse con el riesgo de un contrato susceptible de anulación por falta de poderes. Y el § 932, relativo a la adquisición de buena fe, no tiene por qué derogar las reglas de Derecho común acerca de la enajenación por mandatario: es aplicable al caso el § 177 del Código civil alemán. No hay motivo para derogar el Derecho común respecto a mandato y representación; como tampoco lo habría, so pretexto de error de buena fe, para derogar las reglas del mismo Derecho común acerca de la validez de los contratos en los casos de nulidad que recaen sobre la adquisición concertada entre el poseedor y su causahabiente (1).

Este principio general del Derecho alemán tiene una excepción importante en materia mercantil: la contenida en el § 366 del nuevo Código de Comercio. El Código civil alemán tomó del antiguo de Comercio (§ 306) las reglas de su § 932 acerca de la adquisición de buena fe, que a su vez también pasaron al Derecho suizo, art. 205 del Código federal de obligaciones. A consecuencia de esta reproducción en el Código civil, ha desaparecido del nuevo Código de Comercio el principio general sobre la adquisición de buena fe. Pero está comprobado que las reglas constitutivas del Derecho común no son aplicadas al caso de representación o de abuso de facultades del representante; y pudiéramos inclinarnos a decir otro tanto del comisionista, si bien en materia de comisión es más aplicable un principio completamente distinto al de la adquisición de buena fe, porque en este caso el comitente inviste al comisionista, respecto a los terceros, del derecho a producirse como si fuera el propietario mismo de las mercancías: le confiere

(1) También debe verse sobre todos estos extremos CROME, *loc. cit.*, III, § 382, n. 33.

una procuración tácita, una habilitación respecto a los terceros. Lo que debe aplicarse son las reglas generales en materia de procuración, no las relativas a la adquisición de buena fe; en su vista, y por analogía, los §§ 170 a 173 del Código civil alemán.

No es ésta la opinión de la doctrina ni siquiera en materia de comisión; en casos semejantes resuelve que cuando ha habido compra y entrega, si, por ejemplo, el comisionista recibe la mercancía, no en consignación, sino en depósito, se convierte en propietario el adquirente en virtud de los principios acerca de la adquisición de buena fe, porque el comprador, tratándose de un vendedor comisionista, no podía saber la amplitud de los poderes de que disponía y estaba en su derecho al presumir que podía vender; de manera que este comprador es de buena fe, y por razón de la buena fe se convierte en propietario.

Que es como mira la cuestión el Derecho inglés, por ejemplo, según la *Factors Act* de 1889 y la *Sale of Goods Act* de 1893 (1): concepto reconocido más explícitamente en Derecho mercantil francés, donde se aplica el art. 2.279 del Código civil (2) para excluir la acción reivindicatoria del comitente en caso de venta abusiva hecha por un comisionista, siquiera no sólo se exija que haya habido venta, sino además entrega.

Estos son los pasos que parece haber seguido el nuevo Código de Comercio alemán, cuyo § 366 es una a modo de ampliación del 932 del Código civil, y que se ha redactado para colmar un vacío de éste en materia de adquisición de buena fe (3).

No cabe duda de que esta ampliación al caso de simple

(1) Véase SERJEANT STEPHEN'S, *New Commentaries on the Laws of England* (edición 1899), vol. II, págs. 77-80.
(2) Véase THALLER, *Traité élémentaire de Droit commercial* (2.ª edición), núm. 1.124, y LYON CAEN ET RENAULT, *Précis de Droit commercial*, t. II, núm. 2.995.
(3) Véase *Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, nebst Denkschrift* (Guttentag, 1896), pág. 207.

representación es una necesaria y formal excepción a los principios de exclusión resultantes del Derecho común según el § 932; por el contrario, en el caso de comisión propiamente dicha se comprendería que hubiera adoptado muy otro criterio.

Pero sea de ello lo que quiera, de esta asimilación de casos aparece que en la esfera mercantil, cuando se trata de un comerciante que realiza un acto de su profesión, y en general en las condiciones establecidas por el § 366 del Código de Comercio, para proteger al adquirente no hay que distinguir entre simple representante o comisionista propiamente dicho (1).

Cierto; pero es una cuestión de hecho, que en nada afecta a los principios, el que, tratándose de un representante comercial que habla en nombre de otro en muchos casos, parezca menos excusable el error del comprador que creyó tratar con un mandatario facultado para vender que cuando se trate de un comisionista designado para obrar como dueño en su nombre y como si fuera propietario de las mercancías.

Unicamente es de notar que la cuestión en Derecho alemán está planteada con mayor precisión y más delimitada que en nuestro Derecho francés, cuyos Códigos civil y de Comercio no contienen regla alguna sobre el particular.

Como hemos visto, al caso de comisión se aplica el principio contenido en el art. 2.279; pero como se trata necesariamente del Derecho común de dicho artículo, y no de una ampliación excepcional en materia mercantil, que no está contenida en la ley, hay que declarar que en el ámbito de dicho precepto debe ser presumida la buena fe, no sólo por haber creído en un derecho de propiedad inexistente, sino por haber creído en unas facultades que no existían sabiendo que trataba con un no propietario. Y si este prin-

---

(1) Véase STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, II, 1900, pág. 1.174, sobre el § 366, n. 17.

cipio es el que hay que admitir como Derecho común del art. 2.279, salvo en el orden de los hechos y del error excusable, no hay por qué distinguir entre las diferentes clases de representantes y de mandatarios, tanto en materia comercial como en materia civil.

Y en este caso, ¿no es un poco abusiva e inesperada la amplitud que se da al art. 2.279? (1). Y en materia de comisión, ¿no sería acaso el medio único de remediarlo invocar las reglas acerca de los efectos de la procuración respecto a terceros, y dar de esta suerte validez a la venta, independientemente de si hubo o no entrega, dejando de aplicar el art. 2.279 al mandato y la representación, salvo el caso, sin embargo, de comisión que acabamos de examinar?

34. *La buena fe no subsana los defectos del título cuando se trata con un no propietario.*—Toda vez que la buena fe no es tomada en consideración sino cuando hay que ocuparse del carácter de aquel con quien tratamos y de la legitimidad de su derecho, hay que notar igualmente que no hay por qué tomar en consideración los vicios de su título ni los procedentes de su incapacidad; y ello no sólo si el conflicto es planteado entre autor y causahabiente y este último quiere cubrir los vicios de su título pretextando ignorancia no culpable (toda vez que, como hemos visto, no es aplicable a este conflicto el § 932), sino también en el caso de un tercer adquirente que recibió la cosa de un poseedor intermediario, distinto del dueño reivindicante, pero cuyo título fuera anulable por incapacidad u otra causa que se ignorara de buena fe. Esto obedece a que el justo título, entendido tal como hemos visto, de la tradición traslativa de derecho es en Derecho alemán un requisito de aplicación en las adquisiciones de buena fe; y ésta no puede compensar la inexistencia o anulabilidad del título: su oficio no es otro que, si podemos hablar

---

(1) Véase *supra*, págs. 107 y ss.

así, substituir la falta de derecho de aquel de quien se ha adquirido la cosa. Sea o no propietario la persona con quien se trate, los vicios del título no son subsanados por la buena fe: frase que tomamos de los Comentarios de PLANCK (1) y que da clarísima idea del sistema alemán sobre la materia.

No hay duda de que el sistema alemán es más restrictivo que el francés sobre este punto; pero ello obedece a que el último no toma en cuenta la existencia de un título de adquisición, y colocada en este terreno la discusión legislativa, como más arriba hemos visto, debe recaer sobre la exigencia misma del justo título y, caso de exigirse éste, no sobre la ineficacia a tal respecto de la buena fe.

35. *Posibilidad de equiparar a la mala fe una ignorancia culpable.*—Por último, en materia de buena fe, añadamos que se concedía igual consideración al conocimiento verdadero que el adquirente hubiera tenido de la ausencia de derecho en su autor y al error grave por el cual ignoraba aquélla: la ignorancia imputable a culpa grave equivalía a la mala fe, como ocurre en Derecho francés cuando es de aplicación el art. 2.279 (2).

Hago notar esta asimilación en el Derecho alemán porque se diferencia del sistema legal del mismo país respecto a la fuerza probatoria de los libros del Registro de la Propiedad. Sabido es que para los terceros que contrataron con un adquirente que tenía inscripto su derecho, la inscripción hace fe de la existencia de éste aun cuando el mismo no hubiera sido trasmitido válidamente por carecer de validez el título de adquisición. El contrato real de trasmisión, que aquí toma el nombre especial de cesión judicial o *Auflassung*, en rarísimos casos podrá ser tachado de nulidad, merced a la aplicación del principio de legalidad o de *contrôle* judicial; pero no por eso dejan de adquirir la propiedad los causahabientes de quien adquirió así en apariencia, siquiera sea necesario que tengan buena fe, es decir, que hayan ignorado la nulidad del título de su causante. Y lo mismo ocurriría si en vez de suponer que la trasmisión procede del verdadero propietario, aunque realizada en virtud de un contrato real, es decir, de una cesión judicial viciada de nulidad, supusiéramos un enajenante no propietario, caso rarísimo con el sistema de publicidad integral del Código civil alemán, toda vez que la cesión no puede realizarse más que por un enajenante que tenga inscripto su derecho, y en principio esta inscripción le habría conferido la propiedad: habría, pues, que imaginar una trasmisión exclusivamente aparente, con mala fe por parte del que adquiere. Y aun cuando rarísimo, pudiera suceder que un tercero contrate con un no propietario que esté en tal caso no obstante la inscripción hecha a su favor; pues bien: el tercero adquiere la propiedad si ignora la falta de derecho de su causante. La mala fe destruye la fuerza probatoria de la inscripción en estos dos casos, de un no propietario que pacta con un tercero o de un propietario cuyo título es anulado; pero ha de tratarse de mala fe en el sentido estricto de la palabra, o sea la consistente en conocer el verdadero estado jurídico como opuesto al estado de derecho aparente; la mala fe no se equipara entonces a la ignorancia grave; el hecho de haber debido conocer la falta de derecho del vendedor no se asimila nunca al hecho de haberla conocido. No ocurre lo mismo con las cosas muebles y con la fuerza probatoria, si así puede decirse, resultante de la posesión del vendedor; esto se debe a que aquí no hay un estado de hecho que emane de una organización legal y suponga *contrôle* administrativo o judicial ni garantía de ninguna clase. Cuando se trata de una conformidad legal que compromete a la Administración, que en cierto modo garantiza la adquisición efectuada, no puede culparse a los terceros de la confianza otorgada a los testimonios que se les han mostrado, ni

(1) T. III, acerca del § 932-1, *a* (pág. 186).
(2) Véase TISSIER, *Prescription*, núm. 873.

reprocharles su ignorancia y negligencia, aun cuando para conocer el verdadero estado de derecho no hubieran necesitado más que un pequeño esfuerzo de atención y diligencia. El caso es muy distinto cuando la atestiguación del derecho no procede de una formalidad administrativa, sino de la mera exterioridad de los hechos, es decir, de una apariencia no garantizada por nadie, y que no exime del mínimum de diligencia que debe emplear quien negocia con otro y entabla con él relaciones jurídicas.

36. *Modificaciones del primer Proyecto hasta llegar al texto del Código civil alemán.*—Tal es el principio relativo a los efectos de la posesión de buena fe en materia de adquisición de bienes muebles; principio que sin modificación apreciable ha pasado del primer Proyecto a los sucesivos, y hoy constituye el § 932 del Código civil alemán.

El primer Proyecto hizo una excepción importante (y muy tradicional, por lo demás) a esta regla respecto a las cosas desaparecidas, es decir, a aquellas de que se ve desposeído el antiguo poseedor sin entrega voluntaria por su parte; excepción que está consignada también en el Código vigente, aun cuando modificada y atenuada bastante en cuanto a la obligación de rescatar que se había impuesto al antiguo dueño reivindicante y que equivalía a sancionar un derecho de reembolso en beneficio del poseedor de buena fe. Este derecho fué suprimido por la segunda Comisión, no sin una innovación radical que rompía con la tradición histórica, casi universal; pero aparte de esto, el Código civil ha acogido íntegramente todo lo relativo a los principios generales constitutivos de la regulación referente a la excepción en materia de cosas desaparecidas; y este extremo es lo que vamos a estudiar ahora, a saber: los requisitos integrantes de la excepción reconocida en materia de cosas desaparecidas; y en segundo lugar, la supresión del derecho a reembolso, antes admitido en beneficio del poseedor de buena fe.

* * *

37. *Excepción relativa a las cosas desaparecidas.*—La importancia de la excepción reconocida por el § 935 del Código civil alemán respecto a las cosas desaparecidas consiste en que es aplicable, no sólo al acto de la adquisición, cuando se demuestra que el poseedor tenía un título de adquisición, conforme al § 932 del mismo Cuerpo legal, es decir, cuando a más de la buena fe podía invocar en su favor la existencia de un contrato real de trasmisión con tradición concomitante (§ 929), sino también a la presunción de propiedad que resulta de la posesión y sirve para dispensar de la prueba del título al poseedor de buena fe (§ 1.006). Efectivamente, es inútil reconocer en favor del poseedor la presunción de título cuando por circunstancias inherentes a la cosa su tenedor estaría incapacitado para adquirir la propiedad por razón de buena fe, aun cuando probara tener título; por consiguiente, en los casos en que la prueba, una vez hecha, fuera inútil, es superflua *a fortiori* la presunción. Y por esto hay que hacer una excepción importante respecto a las cosas desaparecidas, y debemos estudiar aquí sus requisitos de aplicación, ya que afecta a las dos esferas en que hemos de movernos, es decir, la de la adquisición por razón de buena fe y la de la prueba de la presunción de título resultante de la posesión.

La aludida excepción, como la de nuestro art. 2.279, concierne a las cosas robadas o perdidas, a las cuales se asimilan aquellas que hayan salido del dominio del poseedor anterior de cualquiera otra manera, sin entrega voluntaria por su parte (*). Esto equivale a decir que, a pesar

---

(*) [En el Código español, la excepción de que se trata figura en el § 2.° del art. 464, que amplía la dicción del Código francés, pues se refiere a las cosas perdidas y a aquellas de que el poseedor haya sido *privado ilegalmente*. El sentido de esta última frase suscita—como ya se ha dicho antes—dudas y dificultades. DE BUEN ha opinado que "procediendo la reivindicación de los muebles en caso de pérdida y en caso de privación ilegal, procederá en todos los casos en que no haya habido una trasmisión válida. Incluso procederá en el caso de que el propietario de una cosa mueble la haya entregado a un depositario y éste la haya vendido, pues no puede

de la adquisición de buena fe, no adquiere el tercero la propiedad a tenor del § 932, y que contra él conserva el propietario antiguo la acción reivindicatoria del Derecho común. Nos interesa, por consiguiente, examinar los casos y las condiciones en que es posible la reivindicación de las cosas desaparecidas, no obstante la posesión de buena fe sostenida en un justo título. El § 935 se ocupa de estas condiciones en dos aspectos: el de las personas víctimas de la desaparición y el de las formas de ésta, que son tres: robo, pérdida y desapoderamiento involuntario.

38. *Personas que pueden ser víctimas de la desaparición.*—Ante todo examinemos lo relativo a las personas que han sido víctimas de la desaparición, y sobre ello la cuestión planteada es ésta: para que sea imposible la adquisición de buena fe, ¿en daño de quién ha de realizarse la desaparición?

El § 935 dice que se aplicará la excepción relativa a las cosas desaparecidas, no sólo cuando sea el propietario mismo el perjudicado, perdidoso o sin cuyo desapoderamiento voluntario haya desaparecido la cosa, sino también cuando en cualquiera de las tres formas dichas haya desaparecido la cosa de manos de quien poseía por aquél.

Un propietario, por ejemplo, deposita un objeto, que es robado de la casa del depositario, o éste pierde el objeto, o sin entregarlo desaparece; pues bien: fundado en su derecho de propiedad, el depositante obtendrá la reivindicación de la cosa contra un tercero de buena fe, al igual

---

dudarse que, al hacerlo, ha privado ilegalmente de la propiedad al primero" (notas al *Curso*, de COLIN Y CAPITANT, t. II, vol. II, pág. 1.001). En análogo sentido se expresa MANRESA *(Comentarios*, t. IV, págs. 343 y 344 de la 4.ª edic.). Quizá, sin embargo, los redactores del Código español emplearon la locución de *privación ilegal* con la sola mira de eludir el sentido restringido, de substracción violenta, que la palabra *robo* tiene en el Código penal. Y no debe perderse de vista, como elemento interpretativo, la tradición histórica, que en este punto ha consistido en distinguir entre la pérdida *involuntaria* de la posesión de los bienes muebles (extravío, hurto, robo) y la pérdida *voluntaria*, sobrevenida por propio desprendimiento del propietario (casos de abuso de confianza).]

que si él mismo fuese quien hubiera perdido el objeto o le hubiera sido robado.

El poseedor mediato que pierde éste por la desaparición ocurrida a su representante (poseedor directo), conserva el derecho a reivindicación, no obstante la adquisición de buena fe.

De suerte que casi podríamos decir que el robo, o en general la desaparición involuntaria, es un vicio objetivo, que se une de un modo inseparable a la cosa, sea cualquiera la persona de cuyo poder haya desaparecido, y que sigue al objeto en todos sus sucesivos desplazamientos, conservando indefinidamente al propietario despojado acción para reclamar hasta que prescriba: algo semejante a lo que era en Roma el *vitium furti* en materia de usucapión.

Sin embargo, no creo que en la concepción alemana esté todavía la idea de este vicio puramente *objetivo;* porque para que tome estado el robo cometido contra persona distinta del antiguo propietario, es necesario que este otro sea su representante en la posesión; es decir, que aquél sea un poseedor mediato y que le haya sido arrebatada esta posesión mediata por el robo o la desaparición.

De todas maneras, hay que excluir el caso de un tercero que, en la serie de los intermediarios sucesivos, haya llegado a ser propietario por razón de su buena fe; si es víctima de un robo, claro que esto no bastará para restituir la acción reivindicatoria al propietario antiguo que quedó despojado a consecuencia de una adquisición de buena fe; dicho antiguo dueño habrá perdido su derecho de propiedad, y así seguirá, no obstante el robo hecho al nuevo dueño; por consiguiente, no podrá reivindicar siquiera del mismo ladrón, porque para ello es condición primera la de ser propietario; y aun cuando pruebe su antigua propiedad, el poseedor actual, quienquiera que sea, replicará que el reivindicante perdió su derecho de propiedad y que no tiene acción porque carece ahora de dominio.

Efectivamente, la propiedad que se adquiere por la

posesión de buena fe no es una propiedad relativa que exista en beneficio sólo de ciertas personas y no pueda ser invocada respecto de otras; no es un simple medio de defensa ofrecido al adquirente de buena fe, a la manera de la *praescriptio* del Derecho romano, que no suprimiría el derecho virtual del antiguo propietario; no hay, en materia de bienes muebles, dos clases de propiedad: una relativa, que sólo respecto a determinadas personas puede invocarse, y otra absoluta, que pueda oponerse a todos los interesados. El decaimiento de su derecho por parte del antiguo propietario, en caso de adquisición de buena fe por un tercero, es tan completo, radical y absoluto como si el mismo dueño hubiera pactado con el adquirente para investirlo de su derecho; y este decaimiento, por consiguiente, puede serle opuesto por cualquier interesado, aunque sea poseedor de mala fe.

Nos queda ver si este antiguo propietario podría pedir la restitución de la cosa contra el ladrón, aun cuando el robo no se le haya hecho a él, fundándose en su posesión antigua, no en su propiedad; pero eso sería ejercitar una acción distinta, y si se tratara de reivindicación sería acción reivindicatoria de posesión y no de propiedad, como veremos después al ocuparnos del § 1.007 del Código civil alemán. Ahora, ocupándonos de la reivindicación de dominio, debemos consignar que tampoco triunfaría contra un ladrón, puesto que él no ha privado de ningún derecho ni ha despojado de nada al reivindicante, ya que hemos supuesto a éste privado de su derecho de propiedad en beneficio de un nuevo derechohabiente, única víctima del robo y único titular autorizado, como nuevo propietario que es, para instar la reivindicatoria de propiedad; el propietario antiguo está decaído de su derecho en definitiva y respecto a todo el mundo.

39. *Caso de abuso de confianza seguido de múltiples trasmisiones de un mismo objeto.*—Pero ahondemos más y supongamos que el robo se hubiera cometido contra

un tercero *C.* que no fuera propietario ni tampoco poseedor por otro. Nótese que si tomo el robo es como ejemplo únicamente, como tipo de uno de los tres modos de desaparición, sin atribuirle valor exclusivo alguno, y que asimismo cuando hablo de un tercero que no ha llegado a ser propietario quiero decir que no lo haya sido ningún poseedor intermediario desde que la cosa salió de poder del antiguo dueño *A.*, que permanece siéndolo. Hay que suponer, por tanto, un tercero, *C.*, que haya adquirido de un depositario, *B.*; en este caso hay abuso de confianza, no robo; y en Alemania, como en Francia, aquél no impide la adquisición de buena fe (*); ni en todo caso constituye el vicio de desaparición que sirve de obstáculo para toda adquisición ulterior por razón de buena fe. Sólo que dicho tercero *C.* que adquirió del depositario voy a suponer que obraba de mala fe, pues sabía que no era dueño el vendedor; este tercero de mala fe no adquiere la propiedad; por otra parte, no es un poseedor por otro ni un representante de la posesión del depositante *A.*, que continúa siendo propietario. Este depositante, que sigue siendo dueño, ha perdido de todos modos la posesión mediata, aun cuando la haya perdido por un acto voluntario de su representante posesorio *B.*, o sea el depositario.

En estas condiciones, es robado a su vez el tercero *C.*, causahabiente del depositario infiel *B.*; no cabe duda que si el dueño antiguo *A.*, que ha continuado siendo propietario, intenta reinvindicar contra el ladrón *D.*, nada puede impedir su triunfo; el ladrón *D.* carece de título y es de mala fe, no en el sentido estricto del § 932 (porque pudo creer que se dirigía contra el verdadero propietario); pero, sin embargo, ha sabido que no sería dueño ni podía llegar

---

(*) [El Código argentino dispone que "la calidad de cosa robada sólo es aplicable a la substracción fraudulenta de la cosa ajena, y no a un abuso de confianza, violación de un depósito ni a ningún acto de engaño o estafa que hubiese hecho salir la cosa del poder del propietario" (art. 2.766).]

a serlo por causa de la substracción constitutiva de delito; de suerte que evidentemente *A.* puede dirigirse contra *D.* invocando su derecho de propiedad.

Agreguemos una nueva trasmisión a las supuestas: *D.* vende la cosa a *E.*, otro tercero de buena fe que lo cree propietario y que ignora la existencia del robo. Hasta ahora el dueño antiguo y depositante *A.* conservaba su propiedad, no obstante las tres trasmisiones anteriores; esta cuarta, realizada en la forma expuesta, con justo título y buena fe, ¿puede arrebatarle su derecho de propiedad y ser incluída en el § 932, o queda amparada en la excepción del 935? ¿Puede eficazmente *A.* reivindicar contra *E.*, que es el cuarto poseedor sucesivo a contar desde que se constituyó el depósito? ¿Podrá alegar la existencia del robo en forma que dificulte cualquier adquisición ulterior por razón de buena fe? De ser así, resultaría que desde el momento en que continúa siendo propietario, esto basta para conservar intacto su derecho y para que triunfe su acción reivindicatoria, no obstante el robo y sea quienquiera la persona en cuyo daño haya sido cometido éste.

Con arreglo al texto del § 935, parece que en esta ocasión no puede argumentar *A.* fundándose en el robo cometido, y que debiera resignarse ante la posesión de buena fe del actual poseedor *E.*; porque, conforme al principio general del § 932, la adquisición hecha por el poseedor de buena fe, desde el momento en que está apoyada en un justo título, basta para otorgarle la propiedad. La excepción de robo no podría invocarse contra él sino por quien ha sido víctima del robo mismo; y en el caso supuesto, esta víctima era *D.*, un adquirente de mala fe, que no ha llegado a ser propietario ni tiene capacidad para ejercitar la reivindicatoria de dominio. En cuanto al dueño antiguo, *A.*, que hasta entonces conserva su derecho de propiedad y puede reivindicar desde el momento que prueba su derecho de dominio, no puede alegar la excepción de un robo de que no han sido víctimas él ni su representante en la posesión, y que fué cometido en daño de un poseedor intermedio, que puede ostentar respecto al antiguo dueño una posesión totalmente independiente y hasta a título de propietario; de modo que este poseedor *E.* ha adquirido la propiedad por razón del § 932, y el vicio de robo no basta para impedir esta adquisición por razón de buena fe (1).

Nótese, por lo demás, que habrá de darse al caso una solución análoga interpretando a la letra el texto del art. 2.279; porque el vicio de robo es relativo, según él, y no puede ser invocado sino cuando se realizó en perjuicio del que conservaba la propiedad y es reivindicante; o, para atenernos a la terminología del Derecho francés, al que había conservado la propiedad y la posesión; porque si, como dicen los alemanes, hay detentación precaria y representación posesoria, en Derecho francés el único calificado de *poseedor* es el propietario; hasta el punto de que cuando un robo se comete contra quien posee por él, o éste pierde la cosa, aquél es quien pierde la posesión. No sucederá lo mismo si los hechos se realizan con un poseedor que lo sea a título de propietario, aun cuando no haya llegado a serlo; entonces, con el robo no perdería la posesión el dueño antiguo, porque en este caso se parte del supuesto de que la ha perdido ya; y si después entra de buena fe en posesión de la cosa un nuevo adquirente, el dueño antiguo reivindicante no puede invocar contra él un robo o una desaparición que no fueron causa inicial de la pérdida de su posesión, puesto que ésta procede de un abuso de confianza y supone ya que corrió un riesgo de esta clase por el solo hecho de confiar a otro su cosa: de modo que el mero acto este de abuso, que motivó la pérdida de su posesión, justifica para él y respecto a él en lo sucesivo cualquiera adquisición posterior a beneficio de un tercero de buena fe.

---

(1) Véase GIERKE, *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes*, II, n. 14, pág. 25.

Ciertamente que esta exclusión del antiguo propietario no sería más que un artificio y quizá una ocasión para incitar a combinaciones fraudulentas, si al poseedor antiguo, víctima del robo, se diera una acción restitutoria, como, por ejemplo, la reivindicatoria de posesión, fundada en el robo. Si este poseedor antiguo contra quien puede reivindicar eficazmente el verdadero propietario tiene derecho a la restitución de la cosa, sería muy irregular que pudiera abstenerse de reclamarla por no tener que devolverla al derechohabiente. Esta deficiencia pudiera originar transacciones de moralidad dudosa. Pero precisamente veremos al hablar del § 1.107 del Código civil alemán que tampoco corresponde esta reivindicación posesoria al poseedor antiguo por razón del robo que ha sufrido, porque el actual puede excepcionar, bien fundándose en su derecho de propiedad, adquirido al amparo del § 932, o bien en la mala fe inicial del poseedor hoy demandante, y que origina en beneficio del poseedor actual un medio de defensa bastante para que fracase la reivindicatoria de posesión, aun suponiendo que fuese inoponible aquella propiedad respecto al que fué víctima del robo (§ 935).

En resumen: el robo no ha sido cometido contra el reivindicante actual, *A.*, que hasta entonces continuaba siendo propietario; tampoco lo fué contra el intermediario *B.*, que era su representante en la posesión. Con respecto al actor *A.*, el robo no le ha arrebatado la posesión directa ni la mediata, porque ambas habían dejado de pertenecerle; la una la había cedido por un acto propio (depósito en manos de *B.)*; la otra la perdió por un acto de su representante en la posesión (abuso de confianza de *B.)*; en lo que a él respecta no hubo, por tanto, desaparición involuntaria ni robo; de modo que el tercero de buena fe, *E.*, conservará la cosa porque su posesión no es debida a un acto de desaparición involuntaria respecto al propietario verdadero; éste ha sido víctima de su mal depositada confianza, y, por consiguiente, debe aplicársele el principio

general de que los terceros de buena fe no deben sufrir las consecuencias de la especie de imprudencia cometida por el mismo propietario.

40. *Justificación de la excepción admitida en materia de cosas desaparecidas. Aspectos diversos.*—Siendo esto así, parece que la dificultad procedente del robo no radica tanto en ser un vicio objetivo, consistente en el hecho de haber habido sustracción, cuanto en la comparación respectiva entre dos estados jurídicos opuestos: uno, el de la víctima de él, que tiene derecho a una reparación; otro, el del tercero de buena fe engañado por las apariencias y a quien amenaza una pérdida que no le es imputable; hay conflicto de intereses contrapuestos y se trata de ponerlos en parangón.

Esto nos conduce a investigar, tanto en el Derecho francés como en el alemán, la causa verdadera de la excepción, admitida universalmente a las reglas protectoras del crédito mobiliario cuando de robo o desaparición involuntaria se trata. En efecto, esta excepción es uno de esos principios tradicionales, de antiquísimo abolengo, que aun cuando a primera vista puedan parecernos evidentes, examinados de cerca, sin embargo, nos suscitan dudas en cuanto a la confusión y dificultad grande de hallar su base racional. ¿Qué objeto ha querido lograrse manteniendo al propietario el derecho a reivindicar en caso de robo o pérdida?

¿Ha querido protegerse al propietario ante todo, a causa del accidente de que ha sido víctima? Habría entonces sólo un vestigio antiguo de la indignación provocada por el robo. ¿Es que, cometido éste, todos los intereses deben ceder ante la reparación debida a la víctima? ¿Acaso se ha querido con ello dificultar y agravar la posición del ladrón, aspecto éste muy distinto del primero? Por último, quizá tenga el problema un tercer aspecto, que pudiera muy bien ser la única explicación de que se asimile al robo la desaparición involuntaria, o sea el respeto pro-

fundo al derecho de propiedad, que debe sobreponerse al interés del crédito. Conclúyese de esto que no debe ceder el derecho de propiedad, ni aun por exigencias del crédito, más que ante un comienzo de desposesión efectuada por el propietario mismo, que es lo que efectivamente sucede en el caso de abuso de confianza. Esto supone, en efecto, la entrega de la posesión a una persona en cuya lealtad se confía; si ocurre que esta confianza ha sido mal depositada y que el detentador engaña al propietario y especula con el objeto entregado, el culpable es aquél, y los terceros de buena fe no deben sufrir las consecuencias de ello. Este es el único caso en que cabe que prevalezca la adquisición de buena fe sobre el derecho absoluto e inviolable del propietario.

41. *El horror al robo y el respeto a la propiedad como inspiradores de la excepción.*—Son aspectos tan distintos de la cuestión, que aisladamente acaso no expliquen suficientemente el principio y que, por tanto, haya necesidad de admitirlos todos para un análisis satisfactorio; pero importa averiguar cuál de los tres debe predominar.

Obsérvese, ante todo, que de los tres indicados el primero y el último tienden a confundirse con ciertas diferencias, consistentes en que si prepondera el primer motivo hemos de atenernos en cierto modo al horror inspirado por el robo más que a la idea del derecho de propiedad, de tal suerte que cometida la substracción júzgase que hay que repararla a todo trance, independientemente de los demás intereses en cuestión; pero si fuera así habría que restringir la excepción al caso de robo y no ampliarla a otros casos de desaparición involuntaria.

El asimilar el extravío al robo, y hoy más aún a consecuencia de la ampliación del concepto de pérdida a todos los casos de desaparición involuntaria, no consiente afirmar que se trate sólo de la reparación de un acto fraudulento que haya impresionado e indignado especialmente a la opinión. De manera que hay que volver al principio del

respeto intangible a la propiedad, entendiendo ésta como un derecho espiritual que se conserva aparte e independientemente de toda apariencia exterior. La idea de que pueda ser válida la adquisición, aun cuando haya sido realizada sin derecho, se nos presenta en efecto como un ataque radical a los conceptos ideales formados acerca de la propiedad, al concepto de su supervivencia completa, independientemente de toda posesión material. De aquí la limitación impuesta a esta concesión excepcional hecha a las exigencias del crédito y que se limite su aplicación únicamente a un caso: el caso en que el propietario haya cometido, si no una falta, una imprudencia al menos.

Que es lo que ocurre, dicen, siempre que se desapodera el mismo involutariamente de la cosa para confiarla a un tercero; hay concesión de crédito a otra persona y queda expuesto a que sea traicionada su confianza, o, por lo menos, consiente en correr el riesgo de una desposesión definitiva. Y aun suponiendo que el depositario, por último, fuera el hombre más honrado del mundo puede suceder que, al morir, sus herederos, en la creencia de que era dueño del objeto depositado, dispongan de él a su vez, y con la mayor lealtad; cuando una cosa es confiada a otro, cabe correr siempre este riesgo, y como voluntariamente ha consentido en ello debe sufrir las consecuencias. Con su propia desposesión aparente ha cooperado el dueño al error de que los terceros pueden ser víctimas, y no tiene derecho después a reprocharles este error y tomarles lo que en cierto modo ha contribuído a que ellos adquieran; por obra de él se han equivocado los terceros acerca del derecho de su causante; la posesión, pues, es la única garantía del derecho de propiedad en materia de bienes muebles; es su apariencia y afirmación externa, y el propietario mismo que ha constituído en beneficio de otro esta apariencia del derecho debe sufrir las consecuencias. Ha hecho circular el objeto; a contar de aquí tiene que aceptar las exigencias de la circulación de bienes muebles, o sea el recono-

ficio de todos los adquirentes posteriores, siempre que lo sean de buena fe.

Esto supuesto, y apreciando los dos intereses opuestos, no cabe duda de que la equidad más estricta pide que se sobreponga el del adquirente de buena fe, engañado por la posesión de su causante, sobre el del propietario, despojado por un acto propio y voluntario de cuanto podía servir para constituir y afirmar su derecho respecto a terceros. Por una parte, ha habido, ya que no imprudencia, por lo menos aceptación voluntaria de un riesgo; por la otra parte, no hay imprudencia que reparar ni riesgo que sufrir.

No tengo inconveniente en admitir esta explicación, siempre, sin embargo, que se precise exactamente cuál sea su elemento esencial, y, por tanto, hacer que predomine la idea de riesgo sobre la de imprudencia.

Y así se dice, por ejemplo, muy a menudo que únicamente el propietario debe sufrir los resultados de su imprudencia, y a ello es debido que se le proteja en caso de robo, porque no le es imputable en manera alguna el hecho de que es víctima. Expuesta en esta forma sencilla, la explicación es muy deficiente, porque con frecuencia el robo es resultado de la negligencia o de falta de vigilancia. Por otra parte, esto ocurre casi siempre en los casos de pérdida, y si nos atuviésemos rigurosamente a la apreciación de culpas, en caso de pérdida, cuando el que halla la cosa la vende a un tercero de buena fe, habría que dar la preferencia siempre a este adquirente engañado e incapaz de sospechar la pérdida de que ha sido víctima el dueño de ella y dejar en segundo lugar al propietario que no ha sabido vigilar la cosa que estaba bajo su guarda, y que es quien debe sufrir las consecuencias de la desaparición.

La imprudencia, en sí sola, no es, por consiguiente, bastante para privar de sus derechos al propietario: sólo puede invocarse contra él una imprudencia consistente en el desprendimiento de su posesión; las restantes, aun la más grave, lo mantienen en sus derechos; pero la que consiste en desprenderse de la cosa, aun cuando en ello no haya habido realmente imprudencia alguna, como, por ejemplo, porque se haya tratado de un depositario fidelísimo y además se haya visto forzado para conservar la cosa a entregarla en manos ajenas, o bien para realizar en ella reparaciones indispensables, cualquiera de estas entregas, por prudentes que sean, le exponen al riesgo de perder la cosa definitivamente. De modo que es imposible explicar esta eventualidad mediante los conceptos de culpa e imprudencia; hay que volver a la idea del riesgo: al constituir la posesión en beneficio de otro, que es la garantía pública de la propiedad, el propietario, como un riesgo que corre, acepta las consecuencias que respecto a los terceros de buena fe puede originar esta exteriorización del derecho, y, por consiguiente, de esta forma de publicidad, obra y actuación suyas.

42. *Insuficiencia de la explicación anterior.*—Si se detuviera aquí esta explicación, tan detallada, sería excelente; pero entonces me explico menos que sean amparados los derechos del propietario cuando la desposesión ocurre al representante de su posesión, es decir, aquel en cuya fe confiaba y en cuyo beneficio constituyó la exteriorización del derecho, sabiendo perfectamente los riesgos a que quedaba expuesto. Primeramente, dentro del concepto de imprudencia, la solución que reputa, verbigracia, al robo o la pérdida por parte del depositario, como si hubieran ocurrido al depositante, es completamente ilógica, puesto que si el depositario fué el que, abusando de la confianza, vendió la cosa, los adquirentes sucesivos estarían a cubierto de toda reivindicación. Si a todo trance queremos hacer pagar la imprudencia al depositante, ¿puede éste cometer una imprudencia mayor cuando el depositario haya perdido la cosa o se la hayan robado, que, por el contrario, cuando la haya robado y vendido por sí él mismo? Parece

que debiera opinarse lo contrario. Cabe responder a esto que, en general, la infidelidad del depositario demuestra la imprudencia del depositante al colocar mal su confianza, en tanto que la pérdida imputable a este mismo depositario no arroja sospecha alguna de imprudencia sobre el depositante: nadie le ha traicionado y no puede tampoco reprochársele el haberse dejado engañar por un pícaro. Esto es cierto; pero como, por lo común, cuando una cosa se confía a otra persona hay más probabilidades de que la pierda o le sea robada que de que él propio la sustraiga, el hecho en sí mismo del depósito es lo que constituye la imprudencia o, si se quiere, una aceptación de los riesgos. Y por otro lado, ¿cómo explicar el que el propietario sufra el riesgo de un acto delictivo y fraudulento, cual es el abuso de confianza, y en cambio se le inmunice de actos más comunes y frecuentísimos, como el de pérdida de una cosa mueble? Cuando el objeto deja de estar bajo su guarda y lo entrega a otro, debe contar siempre con que su representante en la posesión no ha de ejercer la vigilancia que él, y es lo único que puede esperar. Indudablemente, no ha podido prever ser víctima de un abuso de confianza, porque entonces no hubiera entregado la cosa a un detentador sospechoso, pero sí ha debido pensar que este detentador pudiera perderla o serle robada; y si algún riesgo pudo tener en cuenta y aceptar, es éste y no el otro. De modo que, comparadas la situación de un subadquirente de buena fe, que tiene la cosa por habérsela cedido quien la halló, en caso de pérdida por el depositario, y la del depositante que se desposeyó de ella voluntariamente, hay que decir, como en el caso de abuso de confianza, que uno ha sido engañado sin culpa alguna por su parte y que el otro ha contribuído a engañar al primero, y que en todo caso se ha expuesto a sufrir los riesgos de una desaparición definitiva.

El subadquirente de buena fe debe tener todas las ventajas frente al propietario reivindicante, y tal situación

la pierde sólo frente al depositario; si este último tuviera derecho a reivindicar, podría decir que, como él no ha cedido la posesión, no tiene responsabilidad en el engaño para con los terceros, originado por la posición externa de que pueda prevalerse el que encontró el objeto perdido. Pero como carece de acción reivindicatoria, para que el subadquirente de buena fe pueda sufrir las consecuencias de que en el conflicto suscitado se compensaran los intereses opuestos, o sea su adquisición de buena fe, y los derechos del depositario, sería menester que estos últimos pudieran ser traducidos en una acción real contra todo poseedor posterior de la cosa. Pero esto no sucede más que en las legislaciones que reconocen al detentador precarista, bien una reivindicación útil o una reivindicación de posesión, como el Derecho alemán hace para esta última; y entonces si el depositario puede legalmente reivindicar, cabe decir que el adquirente de buena fe no ha adquirido un derecho incuestionable para con todo el mundo, puesto que debe restituir su posesión al depositario. Ahora bien; si éste recobrara el objeto, el depositante entonces podría reivindicar contra él; tiene un derecho superior al suyo, y nada más legítimo, por consiguiente, que este derecho sea ejercido contra aquellos que pueden ser vencidos por el depositario.

En realidad, estas razones son un poco alambicadas, y muy complicadas sobre todo, y suponen en el depositario la existencia de una acción real por razón de robo. Ahora bien; falta que todas las legislaciones la admitan; y, sin embargo, las que, por razón de pérdida o robo, conservan la reivindicación, a pesar de cualquiera adquisición de buena fe, no distinguen según que aquellos hechos se realicen en daño del dueño o del que posee por él.

De modo que todo lo que puede decirse es una de estas dos cosas: o bien que en semejante caso hay que volver al sistema que erige en vicio objetivo los actos de que nos venimos ocupando (robo, extravío), sin tener en cuenta en daño de quién ocurren, o bien, si nos atenemos toda-

vía a comparar los intereses contrapuestos, el abuso de confianza denota haber confiado en un pícaro, y, por tanto, el abuso de confianza es revelador de mayor imprudencia que los actos de robo o pérdida, que a lo sumo denotan la entrega hecha a un depositario negligente, o de deficiente vigilancia, engaño menos grave que el primero. Pero ya hemos visto que el razonamiento puede invertirse y pretender que, siendo de temer siempre uno de ambos casos y no el otro, estaría legitimado sufrir el riesgo de las dos hipótesis; en una, por ser engañado gravemente; en la otra, por el riesgo corrido y haberlo debido prever, y que ni en uno ni en otro caso deben sufrir las consecuencias los terceros.

43. *La honradez del adquirente y la imposibilidad de adquirir un objeto robado.*—Todas estas razones de índole subjetiva son bastante equívocas e inconsistentes, e inclinan a recurrir a la idea de un vicio objetivo para terminar este análisis jurídico.

Bastaría la realización del robo para que subsistiera la reivindicación y no pudiera adquirir la cosa nadie, sin que fuera preciso preocuparse de si el propietario fué o no imprudente: el robo sería un vicio objetivo unido a la cosa; equivaldría al *vitium furti* del Derecho romano.

¿Pero qué causa puede motivar que se haga del robo un obstáculo para cualquier adquisición posterior de buena fe? Dos pueden alegarse.

Una, fundada en una razón de conveniencia y honradez por parte del adquirente. Hay mala fe en el adquirente que quiere aprovecharse del robo. Al adquirir tenía indudablemente buena fe; pero hay falta de equidad en el poseedor si después de haber conocido que hubo robo quiere conservar la cosa; y en el Derecho romano hay ciertos casos de aplicación de la *exceptio doli* en los que se reputaba existir dolo con sólo que se pretendiera obtener provecho de un estado perjudicial a otro.

Por desgracia, la naturaleza de las tendencias actuales

acerca del crédito es tal que muy bien puede dudarse de que sean aceptados semejantes escrúpulos de conciencia; sabido es que en materia de inmuebles, donde el problema es harto más grave, se prescinde de esta clase de escrúpulos, al menos cuando el conflicto se suscita entre causahabientes del mismo causante; y el que inscribe primero su derecho es reconocido por dueño, aunque se pruebe que lo fué de mala fe. Y cuando se trata de la aplicación de la regla *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* y el subadquirente lo es de buena fe, no puede reprochársele el que quiera beneficiarse de un acto de usurpación, de su causante, por ejemplo.

Por otra parte, tampoco se aplica la excepción al caso de abuso de confianza; al contrario: a éstos es a los que se aplica normalmente la regla, y en donde se arrebata su derecho de propiedad al dueño privado de aquélla y engañado deslealmente, no obstante ser tan poco honrado en el tercer adquirente el asociarse, digámoslo así, a un abuso de confianza, aunque se haya cometido sin su conocimiento, como beneficiarse de un robo cometido anteriormente. Y aun puede añadirse, en el caso de abuso de confianza, que el acto del tercer adquirente es necesario para la realización de la deslealtad, mientras que en materia de robo el acto delictivo se ha cometido ya cuando el tercero interviene para entrar en posesión de la cosa robada.

Por último, en todos estos casos, ¿cómo vamos a comprender la asimilación de la *pérdida* al *robo*, a menos de equiparar al ladrón con el que halla la cosa perdida y dispone de ella, y de atribuir al tercero que se aprovecha de este acto de disposición anormal, iguales sentimientos desleales que los que animan al que acoge el producto de un robo?

Parece, por consiguiente, imposible reconocer influjo alguno a estos escrúpulos de delicadeza, ya que no en cuanto a la génesis, por lo menos en cuanto al mantenimiento de la regla de que nos estamos ocupando.

44. *El robo en cuanto vicio objetivo que imposibilita la ulterior circulación de la cosa.*—Una razón última nos queda, por consiguiente, más clara y más objetiva, que acaso sea la única que nos saque de todas estas vacilaciones y equívocos, a saber: la de haber querido impedir la circulación de cosas robadas y perdidas, a fin de privar a los ladrones de facilidades para hacer desaparecer el producto del robo o de la pérdida.

No cabe duda de que si los adquirentes temen que se les arrebaten los objetos comprados cuando proceden de un robo cuidarán mucho de rechazar cualquier adquisición por poco sospechosa que parezca.

Sé perfectamente que el mismo resultado podría obtenerse empleando mayor rigor respecto a la buena fe y rehusando sancionar no sólo aquellas adquisiciones en que el poseedor ha conocido la falta de derecho de su autor o cometió culpa lata al ignorarlo, sino cuando su culpa se redujo a no haber sospechado el robo o la irregular procedencia de la cosa vendida. Bastaría mayor rigor en la apreciación de la buena fe: de esta suerte se conciliaría la protección debida a la propiedad con las necesidades del crédito; y no habría por qué inquietar a los subadquirentes que no hayan podido sospechar en modo alguno el robo, como ocurre casi siempre después de varias trasmisiones; por el contrario, el primer adquirente estaría más expuesto a la sospecha de connivencia, ya que no de imprudencia, en cuanto que resultara sospechosa la existencia del objeto en manos del vendedor o que el precio fuese tal que debiera suscitar recelo.

Aparte de que, idealmente, es más atractivo el sistema de dejar el asunto a la libre apreciación del juez, y tendría la ventaja de que pudiera tomarse en consideración aisladamente y en sí misma cada adquisición, sin que ello repercutiera en las subsiguientes trasmisiones, en vez de formular una especie de condenación que poniendo al objeto "fuera de la ley" le afectara en cualesquiera manos en que se hallare.

Y esto será lo que de hecho resulte en el caso de abuso de confianza, pues éste supone como condición previa la entrega de la posesión por parte del propietario, tradición que para los terceros reúne todas las apariencias de una investidura de propiedad, sin que la distinga nada de la simple entrega del disfrute; de esta suerte, so pena de suprimir el crédito, no podría constituir el abuso de confianza un vicio inherente a la cosa misma, sino que habría que atenerse a la apreciación subjetiva de las condiciones de cada adquisición en particular.

Este sistema de la libre apreciación judicial puede ser peligroso y demasiado favorable a los ladrones en materia de robo, porque los que tratan con un tercero de la trasmisión de un objeto robado pueden persuadirle siempre de la imposibilidad de probar su mala fe, y sobre todo de que si se deshace de la cosa inmediatamente ninguna sospecha cabe respecto de un nuevo adquirente; y facilitada así, por tanto, la circulación de la cosa, es menos de temer el descubrimiento del producto del robo y la averiguación sobre todo de su procedencia. Cosa distinta ocurrirá si en vez de la apreciación más o menos vaga de la buena fe del adquirente la ley coloca en entredicho todas las adquisiciones posteriores de la cosa robada, de manera que la prueba, harto sencilla, del hecho material de haber mediado robo o pérdida sea suficiente para que el juez conserve expedito al propietario el ejercicio de su acción reivindicatoria, porque sabiendo los terceros adquirentes que en semejante caso no tienen más remedio que restituir, por débiles que sean las sospechas que suscite la adquisición, pensarán mucho antes de contratar y correr ese riesgo.

Esto puede conducir a *aumentar*, digámoslo así, más aún la objetividad del vicio derivado del robo o pérdida y ampliar las dificultades de él nacidas a todos los casos de robo, sea quienquiera la víctima de él, siempre que la rei-

vindicación la haga el propietario que ha permanecido siéndolo; no habrá ya que exigir, como en el sistema actual, que haya sido cometido el robo a un poseedor directo o mediato, sino que el cometido a un tercero respecto al cual no conserve el dueño posesión mediata, y haya llegado a convertirse en poseedor *animo domini* (sin haber devenido dueño otro poseedor intermediario mediante buena fe), tal robo, repito, constituiría, en beneficio del propietario reivindicante, un obstáculo a la adquisición por un poseedor de buena fe y una causa de que conservara aquél su acción reivindicatoria; en todas las hipótesis habría *vitium furti*. Verdad es que en semejante caso, para proteger el crédito, cosa que no hace el Código civil alemán, sería cada vez más indispensable ampliar el derecho al reembolso, siempre que la compra no revistiera carácter alguno sospechoso.

45. *La solución intermedia admitida por el Derecho alemán.*—Para concluir, éstas son las dos tendencias: una, exclusivamente objetiva, que lógicamente debe conducir a una amplia aplicación del *vitium furti;* la otra, exclusivamente subjetiva, que poco a poco debería ir restringiendo la preferencia concedida al propietario respecto a los terceros de buena fe, aun cuando, de atenernos al concepto de imprudencia, habría que llegar casi a suprimir de manera completa y definitiva la excepción tradicionalmente reconocida en materia de objetos robados o perdidos.

Entre estas dos opuestas tendencias, el sistema alemán, que, por otra parte, podemos considerar admitido igualmente en Francia, se nos presenta como un término medio muy aceptable, fundado, no en el concepto de imprudencia, sino en la idea de la aceptación de los riesgos por el hecho de la postura en posesión. Todo propietario que se deshace de la posesión constituye en este concepto un título de legitimidad en beneficio de los terceros que contraten con el nuevo poseedor, siquiera no lo haga con vistas a las pérdidas de posesión involuntarias que puedan sobrevenir

a continuación. Los adquirentes que contraten con un poseedor están amparados respecto al que puso a éste en posesión. Habiendo trasmitido la posesión quien la obtuvo del propietario, cualquier adquirente posterior de buena fe puede oponer a este propietario reivindicante el título de legitimación constituído por él, sin que importe al caso la pérdida o el robo cometido o sufrido por el poseedor intermedio.

En cambio, cuando la cosa no ha salido del patrimonio del reivindicante por una trasmisión legitimada a virtud de la entrega de posesión hecha por él, conserva su derecho a reivindicar y no puede correr peligro alguno fundado en un título de legitimación.

46. *Posición de los detentadores subordinados en orden a la excepción reconocida en materia de cosas desaparecidas.*—Para terminar el examen de este primer punto, relativo a las personas víctimas de la desaparición de las cosas, nos queda exponer lo que ocurre si quien tiene en su poder el objeto no es un representante posesorio, sino un detentador subordinado de los que se ocupa el § 855 del Código civil alemán. Si la cosa ha sido robada a un detentador subordinado o es él quien la ha perdido, no hay que aplicar la segunda, sino la primera de las disposiciones del § 935. No se trata de una posesión mediata arrebatada al propietario por la pérdida o el robo de que ha sido víctima su representante posesorio; el detentador dependiente no tiene posesión porque la conserva el propietario para quien sólo es un instrumento posesorio; lo que el hecho ocurrido le ha arrebatado a aquél es la posesión directa misma, y, por tanto, a él le afectan, y no al que posee por él, el robo o la pérdida; de modo que lo pertinente es la primera y no la segunda disposición. Pero esta distinción, puramente teórica, tiene poca importancia; que la víctima de la pérdida o el robo sea un detentador subordinado o un representante de la posesión, el resultado es el mismo: conservar al propietario el derecho a ejercitar

la acción reivindicatoria aun contra los terceros de buena fe.

El interés de la distinción entre detentador subordinado y poseedor directo (es decir, de poseedor por otro) no aparece más que al tratar de la reivindicación de posesión, no de la de propiedad. Efectivamente, en determinadas condiciones que indica el § 1.007 puede corresponder aquélla al poseedor en nombre ajeno, puesto que tiene una verdadera posesión, que pierde por desaparición involuntaria. En cambio, esta acción no se da jamás al detentador subordinado porque no poseía y no puede reivindicar por razón de pérdida de posesión.

Pero el extremo importante que hay que esclarecer es éste: si el detentador subordinado, obrero, doméstico, empleado de comercio, comete un abuso de confianza; si, arrogándose el carácter de dueño, vende la cosa, este abuso de confianza ha de ser reputado como un acto de desposesión involuntaria respecto al dueño, en términos que para él haya desaparición involuntaria y se le reserve la reivindicación. En casos semejantes, como dice PLANCK en su Comentario, esta operación se descompone en dos actos: uno, primero, en que el detentador, obrando como dueño, por este solo hecho se erige en poseedor y arrebata de esta suerte la posesión a su amo; y el segundo, el de trasmitir la posesión a otro (1). El primero basta para que haya toma de posesión sin conocimiento y aun contra la voluntad del dueño, y respecto a él constituye una pérdida de posesión análoga a la que resultaría del robo: no puede decirse que el dueño, al desprenderse de la pose-

(1) PLANCK, en el Comentario al § 929-2 (t. III, págs. 178-179). Véase Com. al § 935-2 (t. III, pág. 189). Además debo decir que está controvertida la cuestión. Opina como PLANCK, GIERKE, *Fahrnisbesitz*, pág. 25, n. 13. Véase COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, II, § 190, n. 8. Véase FR. LEONHARD, *Vertretung beim Fahrniserwerb*, pág. 83 y pág. 109, n. 3.=En sentido contrario, CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, III, § 380, n. 28. Véase ENDEMANN, *loc. cit.*, § 81, n. 23.

sión directa en beneficio de un representante posesorio, haya aceptado de antemano los riesgos de una posible trasmisión de posesión realizada por su dicho representante. Cuando se trata de un simple *detentador*, el amo no se ha desasido de la posesión en beneficio de nadie, no la ha confiado ni *aventurado*, digámoslo así, en manos de un tercero (1); la fuerza de las cosas le ha obligado a servirse de un instrumento para poseer, pero él ha continuado siendo poseedor; y, por lo tanto, cuando la cosa pasa de manos del detentador a las de un nuevo adquirente, no cabe distinguir si en el cambio de poseedor ha mediado la voluntad y la complicidad del detentador, o aquél se ha realizado sin conocimiento o contra la voluntad de éste.

En el orden práctico hay en esto una diferencia importante entre el Derecho alemán y el francés a consecuencia del mecanismo de la teoría alemana de la posesión. El Derecho francés desconoce la distinción entre *detentadores subordinados* y *representantes de la posesión;* desde el momento en que se posee por otro, no reconoce más que simple detentación; se trata de un *poseedor precario,* y si en estos poseedores precarios el robo o la pérdida pueden reputarse hechos al propietario mismo, porque les arrebata la posesión, no puede equipararse el abuso de confianza del detentador al robo por él sufrido, porque hay que tomar en consideración, no sólo la voluntad del detentador, que inició la pérdida de la posesión, sino también la voluntad del propietario, que anticipadamente ha cooperado a ello desprendiéndose de la tenencia. Así queda justificada la consecuencia radical del abuso de confianza para con el propietario, que queda privado en adelante de reivindicar de los terceros de buena fe; en Derecho francés hay una entrega de la detentación; en el alemán, una desposesión, y, por tanto, si en aquél es únicamente una entrega de detentación, no hay para qué distinguir entre

(1) Véase ENDEMANN, *loc. cit.*, n. 23.

detentadores. En Derecho francés, el criado es un detentador por otro que en nada se diferencia del depositario, y si el abuso de confianza de éste enerva la reivindicación del propietario, ocurrirá lo mismo con el abuso de confianza del doméstico: sólo que en este caso hay que distinguir cuidadosamente el abuso de confianza, que supone un depósito, del robo, que implica una sustracción fraudulenta; de modo que nos hallaremos ante la excepción reconocida al principio formulado por el art. 2.279, siempre que pueda ser calificado de robo el acto anormal de disposición del doméstico, el obrero o el empleado. Será aplicable la regla general si sólo hay abuso de confianza; los terceros de buena fe estarán a cubierto de cualquier reivindicación, cuando no haya robo o pérdida. En el Derecho alemán, cuando se trate de un detentador subordinado, se dará siempre al dueño el ejercicio de la acción reivindicatoria, sin distinguir entre el robo y el abuso de confianza (1).

47. *De las formas de desaparición.*—Después de haber hablado de las personas respecto a las cuales puede realizarse la desaparición, vamos a estudiar rápidamente los modos de la desaparición misma.

Tres pueden ser, según el Código civil alemán, que a los dos tradicionales de *robo* y *pérdida* añade la *desaparición involuntaria.*

(1) Para comprender exactamente la diferencia entre ambas legislaciones, véanse ciertos fallos de los Tribunales franceses, como, por ejemplo, el del Tribunal de Casación de 28 de marzo de 1888 (*Sirey*, 88, 1, 265), que declara que en la distracción cometida por un empleado de una casa de banca, como es un abuso de confianza y no un robo, no puede ser reivindicado lo distraído contra un tercero de buena fe. En el caso en cuestión se dió la reivindicación a causa de la irregularidad de la adquisición del poseedor actual; tratábase de títulos al portador dados en prenda, y ésta se había constituído anormalmente. Tratándose de títulos al portador, no quiere decir esto que pueda invocarse este ejemplo en Derecho alemán en forma que, si no en el campo de los principios, en el de las soluciones prácticas, originase un resultado distinto, porque precisamente en el Derecho alemán no es aplicable a los títulos al portador la excepción relativa a las cosas robadas (§ 935, apartado 2.° del Código civil alemán).

Puede haber casos, en efecto, en que el poseedor, sin entregar la cosa a un tercero, capaz de burlar su confianza, se vea privado de los bienes, sin haber pérdida ni robo; como, por ejemplo, cuando uno, creyéndose propietario de un objeto depositado en poder de otro, piensa de buena fe recobrar su propiedad y lo toma. Aquí no hay robo ni pérdida; sin embargo, existe un caso de desaparición involuntaria, como otros muchos análogos, en que no hay pérdida ni robo y hay desposesión involuntaria. En todos ellos se ha pretendido mantener intacto el derecho del propietario a reivindicar (1).

Esto es prueba suficiente de que, al sancionar esta excepción, el Código alemán dista mucho de haber adoptado un criterio estrictamente objetivo. Ha querido extremar la idea de comparación entre ambos intereses opuestos y no sacrificar el derecho del propietario sino cuando pueda a este último reprochársele haber aceptado el riesgo de ser desposeído por el acto de otro. Cuando no hay desasimiento no puede decirse que haya allanado el camino de la desposesión y se haya expuesto a que un extraño burlara su confianza. Desde luego, podrá parecer exagerado el criterio; lo cierto es que, en todo caso, la solución resulta poco conforme a las tendencias modernas y, por consiguiente, a las necesidades del crédito.

48. *De la entrega del objeto realizada por un incapaz. Casos que se le quieren asimilar.*—Los comentaristas incluyen en esta tercera clase de desaparición involuntaria la entrega hecha por un incapaz: hay en ésta, indudablemente, entrega voluntaria del objeto, pero como es una voluntad ineficaz jurídicamente, hay que asimilarla al abandono, y, por lo tanto, a la desaparición involuntaria: tal sucedería si un niño o un loco abandona la cosa, siempre que se trate de un verdadero *abandono.* Por otra parte, bien pudiera este caso haberse incluído entre los de

(1) Véase el ejemplo citado por ENDEMANN, *loc. cit.*, § 81, n. 14.

pérdida, tomando esta palabra en su sentido corriente, y así no habría necesidad de que, para tomar en consideración este caso especial de desaparición, el Derecho francés, por ejemplo, añada un tercer supuesto a los dos que se mencionan en el texto actual; podría aplicarse legítimamente lo que se entiende por "cosa perdida".

Ciertos autores alemanes han ido más allá, y comprenden en ello no sólo el abandono propiamente dicho o la entrega no contractual, como sucedería realizándola un niño o un inconsciente, que pusiera la cosa en manos de un tercero y la abandonara, sino también el caso de la entrega, en el sentido jurídico de la palabra, efectuada en ejecución de un contrato celebrado por una persona que fuera totalmente incapaz. Por último, otros, extremando las cosas, quisieran incluir en esta categoría toda entrega hecha erróneamente o susceptible de anulación por vicio en el consentimiento, dolo, fuerza o incapacidad limitada. Anulada por vicio de la voluntad la entrega de la posesión, perdería el carácter de voluntaria y, motivado por esto, habría involuntaria desaparición; los terceros que contrataron con el poseedor en cuyo poder se halla la cosa a consecuencia de una entrega anulable por consentimiento vicioso, a pesar de la buena fe, sufrirían las consecuencias de la reivindicación (1).

Esto es dar una extensión abusiva a la idea de desaparición involuntaria y prueba el peligro muy real que hay en extender la idea de pérdida a casos que son y deben permanecer distintos. Pudiera defenderse en rigor la opinión de que exista pérdida propiamente dicha en aquellos casos de entrega, aunque sean contractuales, cuando la realiza un verdadero incapaz, un niño o un demente; pero llegar más allá, y que en detrimento de todos los subadquirentes de buena fe se proteja al propietario que se desapodera de la cosa mediante un acto susceptible de impugna-

(1) Véase PLANCK, III, acerca del § 935 (pág. 189).

ción por error o vicio del consentimiento, es contradecir todos los principios modernos en materia de publicidad.

Si se trata de entrega a consecuencia de un contrato traslativo de propiedad, esta solución equivaldría, o bien a extender el concepto de mala fe al conocimiento de los vicios que atañen al contrato *obligacional*, no abstracto (si este último es el amenazado de nulidad), y ya hemos visto que hay en esto contradicción manifiesta con el carácter abstracto de la tradición mobiliaria, o bien, finalmente, si esta última es anulada por semejante motivo, se vendría a contradecir gravísimamente el sistema moderno de la fuerza probatoria derivada del acto constitutivo de publicidad—que es aquí la posesión—frente a los vicios que pueden invalidar el contrato de trasmisión, fuerza probatoria que debe poder ser siempre invocada por los terceros de buena fe de un modo absoluto.

Si, por el contrario, la entrega es para el disfrute, sería reconocer que en adelante en todos los casos de esta clase los abusos de confianza cometidos por el poseedor en beneficio de un tercero de buena fe no amparan al adquirente contra la reivindicación del propietario, porque no puede estimarse que éste haya aceptado el riesgo de una desposesión eventual, puesto que su aceptación es anulada por adolecer de vicios de consentimiento. Pero esto equivale a falsear el concepto exacto de la aceptación del riesgo, y en lo tocante a la voluntad confundirla e identificarla con el acto jurídico constitutivo de la entrega cuando se realiza a título de depósito, usufructo, alquiler o comodato.

Junto a la voluntad de celebrar y realizar un contrato especial hay una voluntad limitada al acto de dar la posesión, con existencia jurídica independiente de la otra, como un acto abstracto desligado de su causa; y en esta voluntad abstracta, que recae sólo sobre la entrega de la posesión, es en donde encarna la aceptación del riesgo, porque comprende tanto aquellos que puedan proceder de error o vicio de la voluntad, que afecten a la causa jurídica en

que se funda la entrega del disfrute, como los procedentes de una distracción realizada por el depositario o, en general, por un representante posesorio. Hay aceptación de los riesgos, como de la responsabilidad inherente a toda obligación contractual: todo aquel que entabla relaciones de negocios con otro, a fin de celebrar un contrato, queda obligado por este hecho a indemnizarle los perjuicios que él podría causar con la falta de cumplimiento del contrato, si éste adoleciera de nulidad a él solo imputable: ésta es la teoría de la indemnización de daños y perjuicios por nulidad del contrato. Pues de igual suerte el que entrega a un tercero la posesión de una cosa, fundado en un acto jurídico anulable, o en que ha mediado vicio en la voluntad, también expone a los terceros que contraten con el nuevo poseedor a ser engañados por las apariencias, y él es quien frente a los terceros y para los terceros constituye la exterioridad del derecho en beneficio de aquel con quien trataron éstos. Dicho acto tiene un valor jurídico e implica una responsabilidad para con los terceros, independiente de la validez de los motivos o de la causa jurídica que le han servido de fundamento. La nulidad del acto jurídico realizado con el poseedor precario afecta sólo a la relación entre las partes; pero esto no destruye el hecho voluntario cuyo objeto fué entregar la posesión; esta voluntad permanece en sí y por sí válida, aun cuando aquella otra con quien está enlazada, y que se refiere al acto jurídico que sirvió de causa a la entrega de la posesión, adoleciera, por el contrario, de error o vicio que la hiciera inexistente.

He aquí por qué, a pesar de la nulidad del contrato de entrega del disfrute o goce, fundada en un vicio de voluntad, subsiste la entrega voluntaria de posesión, que hay que tener en cuenta como tal acto voluntario. No puede decirse, pues, que haya habido desaparición involuntaria. Y en este sentido hay que reconocer que se orientan sobre

este particular la mayor parte de los representantes de la doctrina alemana (1).

Véase cómo el Derecho alemán, en suma, es más favorable, demasiado quizá, en punto a la conservación del ejercicio de la acción reivindicatoria del propietario, no obstante la buena fe de los subadquirentes; es más fiel que el nuestro a los puros principios del derecho de propiedad y ha sido menos impresionado por las tendencias modernas acerca de las necesidades del crédito.

49. *Del derecho al reembolso del precio.*—Si el Derecho alemán aumenta más que el nuestro el número de casos en que el propietario conserva el derecho a reivindicar de manos de un tercero de buena fe, convendría a lo menos compensar los inconvenientes de esto extendiendo la aplicación del derecho al reembolso del precio. En tal respecto pudiera emplearse, bien el sistema restringido francés, que sólo reconoce el derecho al reembolso cuando la cosa ha sido comprada en un mercado público o en casa de un comerciante de objetos análogos (*), bien con una medida general que reconociera este derecho al reembolso en todos los casos.

Esta última solución, que, en definitiva, es la más lógica, fué la que adoptó el primer Proyecto en su § 939; pero la segunda Comisión suprimió esta especie de obligación de rescate y fué arrebatado radicalmente al poseedor de buena fe el derecho al reembolso, quedando obligado sin más a sufrir la reivindicación del propietario por razón de la forma de desposesión de la cosa, robo, pérdida o desaparición involuntaria; y ello ocurrió así no obstante haberse presentado muchas enmiendas, unas ampliando y otras restringiendo aquel derecho; hasta hubo propuesta de conceder en to-

---

(1) Cf. CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, III, § 380, n. 42.

(*) [Son también limitadas las aplicaciones del derecho al reembolso del precio en los Códigos español (art. 464, apartados 2.° y siguientes), argentino (art. 2.768), venezolano (art. 785) y brasileño (art. 521).]

dos los casos un derecho al valor de la cosa; pero esto hubiera sido extender el derecho al reembolso aun a las hipótesis de adquisición a título gratuito. Verdad es que se le restringía, aun en el caso de venta, al valor de la cosa el día de la restitución, sin atender en absoluto al tipo de precio de compra (sistema del § 939 ya citado); otros propusieron el término medio y la distinción del Derecho francés. Ante todas estas divergencias, dedújose que, en substancia, la obligación de rescatar equivalía prácticamente casi a negar el derecho a la reivindicación, porque en la mayor parte de los casos el propietario preferiría abandonarla antes que rescatar el objeto en el precio que el poseedor hubiera satisfecho, salvo que éste hubiera sido muy inferior, con lo cual cabría la sospecha de fraude o de complicidad y encubrimiento en el robo; y entonces, ¿sería prudente alimentar semejantes facilidades? A menos que, y queda sólo este caso por discutir, la cosa tuviera un valor de afección especial para el propietario reivindicante. En todos los demás supuestos, el derecho al reembolso constituye sólo un rodeo más o menos explícito con vistas a la enervación del ejercicio de la acción reivindicatoria, y desde luego contradice completamente el principio que sirvió de apoyo para conservar al propietario el derecho a reivindicar. En el conflicto de intereses y en el parangón establecido entre él y el subadquirente de buena fe debía ser preferido aquél, aun cuando fuera sacrificado el tercero; y en realidad viénese a sacrificar al propietario para, ateniéndose a lo menos a una apreciación exclusivamente económica y pecuniaria, dar la preferencia al tercero de buena fe. Por último, se adujo sobre todo que semejante derecho favorecería singularmente a los encubridores, aun cuando, como en el Derecho francés, se le restringiera a los casos de compra a un comerciante, porque muchos de éstos no son más que encubridores disfrazados. Si, ante todo, lo que se quería era privar completamente de facilidades a los ladrones, había que aplicar

igual rigor a los encubridores y, por de contado, sacrificar a los terceros de buena fe que compran en casa de un comerciante que puede ser un encubridor profesional, como cuando contraten con un no profesional a quien cabe suponer autor mismo del robo. Pero la segunda Comisión estudió el problema en un aspecto puramente unilateral, desde el punto de vista del propietario a quien ante todo interesa proteger contra el robo, y descuidó el aspecto comercial, el del tráfico y la protección del crédito público cuando se trata de compras hechas a los comerciantes de profesión. Por el hecho de entrar un objeto mueble en el recinto de un establecimiento o de una tienda que venda al público, surge una especie de necesidad económica suprema que da garantías públicas a los terceros. Toda postura en venta pública equivale a una garantía contra la evicción; por ello se comprende también que en estos casos se prescinda de la acción reivindicatoria. Si, no obstante, resérvanse aún los derechos del propietario en el caso de robo o pérdida, precisamente en vista del caso excepcional en que la cosa tenga para él un valor de afección que le obligue a aceptar y sufrir el rescate, es necesario al menos que la restitución vaya acompañada de la obligación de indemnizar al adquirente de buena fe.

Para evitar los fraudes y la complicidad en caso de encubrimiento bastaría que se asimilasen a la mala fe la imprudencia y la culpa consistente en no haber comprobado el carácter del vendedor; y en este caso, si el precio era vil y francamente ínfimo, habría sospecha equivalente a culpa lata que permitiera rechazar el derecho al reembolso.

Mas, sea de ello lo que quiera, en la preparación del Código civil alemán dejaron de prevalecer estas consideraciones; y en cuantos casos conserva el propietario el derecho a reivindicar, lo posee íntegramente, sin restricción ni reserva alguna (1).

---

(1) Acerca de todos estos puntos, véase *Protokolle*, t. III, página 268, y ALFRED SCHULTZE, *Publizität und Gewährschaft in deut-*

50. *La reducción del plazo de prescripción como posible compensación en algún sentido.*—Toda vez que en semejante caso el adquirente no deviene propietario y queda sometido a la prescripción adquisitiva, era de esperar, a lo menos, que fuera abreviada ésta y que después de un plazo relativamente corto quedara a cubierto de cualquier posible reclamación por parte del ignorado propietario; así está estatuído en el Derecho francés, que limita el plazo a tres años, y que en este reducido tiempo ve más bien un plazo para la caducidad que una verdadera prescripción adquisitiva (1) (*).

El Derecho alemán reconoce en ello no sólo un caso de prescripción propiamente dicha, sino que fija el tiempo para ella en diez años. Indudablemente ha querido conceder al propietario un espacio de tiempo suficientemente largo para que, por poco que le ayude el azar, pueda hallar al poseedor del objeto robado; aquí parece también haber dominado entre los individuos de las diferentes Comisiones preparatorias igual punto de vista unilateral, enfocado úni-

---

schen Fahrnisrecht, en los *Jhering's Jahrbücher*, t. XLIX, págs. 180 y ss.

(1) TISSIER, *Prescription*, núm. 891.

(*) [En Derecho español no resulta claro el término de prescripción de las cosas muebles perdidas, porque el art. 1.955 se remite a lo dispuesto en el 464, siendo así que este último nada dice sobre el particular. MUCIUS SCAEVOLA entiende que la acción que el propietario tiene para recuperar la cosa extraviada dura seis años, contados desde la fecha del extravío, fundándose en que es viciosa y de mala fe la posesión del que encuentra una cosa y no la restituye *(Código*, t. VIII, pág. 578). Pero MANRESA, teniendo en cuenta que la buena o la mala fe son cualidades puramente subjetivas y no trasmisibles sin prueba, cree que si la cosa perdida o robada ha pasado a un tercero prescribirá a los tres años desde su adquisición, conforme al § 7.º del art. 1.955, a menos que se pruebe su mala fe. *(Comentarios*, t. IV, pág. 346, 4.ª edición.)

En Derecho argentino, LAFAILLE, ante el silencio del Código, y considerando que en materia de muebles posesión y dominio se confunden, cree que es imprescriptible la acción para reclamar las cosas perdidas o robadas (ob. cit., t. I, pág. 220).

Más diáfanos se presentan el Código mejicano (art. 1.090) y el venezolano (art. 2.061), que establecen, respectivamente, los plazos de cuatro y dos años para prescribir la acción que tiene el propietario para recuperar la cosa substraída o perdida.]

camente hacia el propietario y hacia el derecho de propiedad, sin tomar en consideración el interés de los terceros y el del crédito. Ante la segunda Comisión hubo de proponerse la reducción del plazo a cinco años, y citóse el sistema del Derecho francés, bastante restrictivo, aunque de muy distinta manera. La contestación dada a los autores de esta enmienda es muy curiosa: se les replicó que en lo relativo al derecho de reembolso el Código civil francés mantenía un sistema completamente restringido, y que en estas condiciones debió abreviar considerablemente el plazo para la eficacia de la reivindicación. Ocurría todo esto al discutirse el § 881 del primer Proyecto; pero cuando tocó el turno al 939, que en efecto reconocía el derecho al reembolso de un modo general y sin restricción alguna, se le suprimió pura y simplemente, sin hacer las reservas del Derecho francés y sin que nadie recordara que esta supresión destruía aquellos únicos motivos, por no decir "circunstancias atenuantes", que se habían invocado para establecer un plazo tan largo de prescripción (1).

Desde luego, no hay para qué hablar de otra condición exigida por el Derecho alemán a toda prescripción adquisitiva en materia de bienes muebles, o sea el requisito de la buena fe. Aquí no examinamos la prescripción de bienes muebles sino comparándola con la especial de tres años del art. 2.279 del Código civil francés, y todos reconocen que esta prescripción abreviada, o, mejor dicho, este plazo de caducidad, sólo puede invocarlo un adquirente que sea poseedor de buena fe; de modo que no teníamos para qué examinar las dos prescripciones sino en el caso de que se tratara de posesión de buena fe.

51. *Reglas especiales sobre el metálico y los títulos al portador.*—Hay, sin embargo, que insistir acerca de un punto importante de que se ocupa el § 935 y que da una

---

(1) *Protokolle*, III, pág. 230.

solución excelente, aun cuando contradiga el criterio dominante en toda esta materia en el Código civil alemán.

El apartado 2.° del § 935 declara inaplicables todas las disposiciones excepcionales sobre cosas robadas, perdidas o desaparecidas cuando se trata de dinero, títulos al portador o cosas adquiridas en subasta. Contrariando el concepto un poco absolutista del Derecho alemán, inspirado en una protección excesiva al derecho de propiedad, el § 935 está dominado por la idea del crédito al tratarse de cosas que por su naturaleza están destinadas a circular públicamente, como los valores y la moneda. Siendo de buena fe los adquirentes, no pueden ser inquietados por razón de la procedencia irregular del título a causa de un robo o de una pérdida que los pone en circulación; éstos son acontecimientos que aquéllos no conocieron ni podían conocerlos tampoco. Si a pretexto de que proceden de un robo pudiera discutirse su adquisición, perderían los títulos al portador una parte de la función que desempeñan en materia de crédito.

Este sistema de protección absoluta a los títulos de crédito en circulación contradice completamente, como es sabido, nuestras leyes francesas de 15 de junio de 1872 y 8 de febrero de 1902, que autorizan la oposición al pago del capital e intereses de los títulos perdidos o robados (*). Pero es de notar que es mucho más protector aún del crédito y de los terceros adquirentes de buena fe que el art. 2.279 antes de la ley de 1872. Según el sistema de Derecho común del art. 2.279, aplicábase a los títulos al portador la excepción reconocida para el robo o la pérdida, y durante tres años, al menos, podía reivindicarlos el propietario, aun contra los terceros de buena fe. El Código civil alemán suprime la reivindicación para los títulos al portador aunque haya habido pérdida o robo anteriores.

(*) [Cf. en Derecho español los arts. 547 a 566 del Código de Comercio.]

Véase cuán lejos estamos del sistema de 1872, que reconocía el derecho a reivindicar, no sólo en los casos de pérdida y robo, sino por cualquier otro acontecimiento que hubiera desposeído al propietario, y que la jurisprudencia unánimemente amplió al caso de abuso de confianza (1); en materia de títulos al portador ha desaparecido enteramente entre nosotros el sistema del art. 2.279.

No sólo no ha desaparecido en Derecho alemán el sistema protector de los adquirentes de buena fe cuando se trata de títulos al portador, sino que con objeto de aumentar completamente el valor del crédito y la energía de la circulación de aquéllos se han eludido, por el contrario, las excepciones del Derecho común a la aplicación íntegra de la adquisición de buena fe.

Para dichos títulos quedan excluídas la retirada de la cotización, la oposición a que sean pagados el capital e intereses, todas las trabas (2); sólo en la esfera del Derecho internacional privado está reconocida la retirada de la cotización de los títulos extranjeros sobre cuya propiedad surja oposición, dejando de ser títulos al portador en el sentido del § 935 del Código civil (3).

Si agregamos, por último, que este precepto del apartado 2.° del § 935 es igualmente aplicable a los billetes, resguardos, "tickets", que el § 807 asimila a los títulos al portador, mediremos la importancia de este conjunto de soluciones.

Las cosas adquiridas en subasta pública se equiparan igualmente al dinero metálico y a los títulos al portador; en estos casos hay garantía absoluta en favor del adjudicatario de buena fe, y no puede admitirse que sea después desposeído jurídicamente. Aquí es aplicable lo que dijimos de las compras hechas en ferias o en un establecimiento mercantil, siquiera resulte muy contradictorio

(1) Véase TISSIER, *loc. cit.*, núm. 923.
(2) Art. 176 de la ley de Introducción.
(3) Véase PLANCK, al comentar el § 935 (t. III, pág. 190).

que en este último caso se haya suprimido el derecho al reembolso.

Por un lado, protección completa al crédito, y de otro, protección, hasta el abuso, de la propiedad; sistema un poco cojo que difícilmente puede ser defendido en el terreno legislativo y en el que seguramente acabarán por sobreponerse cada día más las tendencias del segundo apartado a las del primero del § 935; las unas irán obligando a ampliar las otras.

52. *Referencia al plan seguido.*—Este es el primer punto cuya historia debíamos relatar: el de la adquisición de buena fe como verdadero modo de adquirir la propiedad mueble. Acaso hubiera sido mejor atenerse en este respecto a lo que resolvía el Proyecto primero, sin detenernos en las modificaciones de la segunda Comisión; sin embargo, en lo que se refiere al derecho al reembolso, me ha parecido mejor indicar ahora, para no volver sobre ello, las variaciones sucesivas que condujeron a la definitiva redacción del Código civil alemán. Como la cuestión de adquisición de buena fe, salvo lo referente al derecho al reembolso, pasó del primer Proyecto a la redacción definitiva del Código casi sin retoque alguno, era necesario tratarla íntegramente una sola vez para no tener que ocuparnos más de ella.

* * *

53. *De la presunción de propiedad por razón de la posesión.*—Vamos ahora a ocuparnos del punto de vista segundo, o sea el relativo a la cuestión de prueba. Efectivamente, dentro del sistema que acabamos de exponer, para adquirir no basta la simple posesión, aunque sea de buena fe, ni aunque se realice a título de propietario; esta posesión en concepto de dueño necesita fundarse en un título de adquisición que no sea, desde luego, un contrato obligatorio de trasmisión, sino en la tradición entendida como tradición consensual de carácter abstracto; ¿cómo

entonces regular esta cuestión de prueba en lo referente a dicho título de adquisición? Así estaba planteado el problema.

A primera vista parece que hubiera bastado atenerse a los principios generales acerca de la distinta posición de las partes en materia de prueba, sin dictar nuevas disposiciones.

¿No es un principio de Derecho común que la propiedad se presume por el hecho de la posesión? Admitido este principio en el orden procesal, como en todos los demás, así está reconocido en materia de bienes muebles e inmuebles y, por consiguiente, parece que hubiera debido bastar atenerse a estos principios generales para que la posesión constituyese por sí misma una presunción de título, y que, por consiguiente, correspondiera al demandante probar la falta de título del poseedor actual como le corresponde la de la mala fe de éste.

Sin embargo, sería un error grave, siquiera implique una confusión en que se incurre con harta frecuencia. Cuando se dice que la posesión, en el orden procesal, constituye una presunción de propiedad, y que sirve para asignar funciones en materia de prueba, quiere decirse simplemente que no corresponde la carga de ésta al poseedor, cuya misión es permanecer a la defensiva hasta que se le ataque; y como quiera que entonces se convierte en *demandado*, no tiene que practicar prueba: el que ejercita la acción reivindicatoria es quien debe probar su derecho.

En el orden procesal, no equivale a otra cosa; de suerte que cuando el demandante prueba su derecho de propiedad, aun cuando no sea la actual; en cuanto acredita una adquisición del derecho de propiedad en un momento pretérito cualquiera, queda hecha la parte de prueba que le corresponde, y entonces el demandado debe intervenir, a su vez, para probar lo contrario. A él le corresponde sentar que el demandante se ha desapoderado de este derecho de propiedad demostrado en su favor; que el demandante lo

ha perdido; en una palabra, que no le pertenece; o, en otros términos, que si fué propietario, ya no lo es; que si en un momento dado tuvo la propiedad sobre el objeto, carece de ella en la actualidad. Esta prueba puede hacerla en cierto modo *in rem*, es decir, en el aspecto puramente negativo, sin demostrar que él haya llegado a ser propietario; y en tal caso, bastará esta prueba negativa para desestimar la demanda de restitución, sin que por ello sea reconocida la propiedad al poseedor actual. Si además el demandado prueba su propiedad, al menos *inter partes*, se le juzgará propietario. De todas suertes, a él corresponde, una vez demostrada la propiedad del demandante, establecer que ha dejado de pertenecerle; y en la práctica, en la mayor parte de los casos, el poseedor demandado sólo podrá probar esto demostrando positivamente que la cosa le pertenece y ha sido adquirida por él, aunque sea únicamente por razón de adquisición de buena fe a tenor del § 932.

Este es el principio; surge entonces una nueva cuestión, a saber: la posesión señala las respectivas funciones en materia de prueba; pero ¿habrá que avanzar más? ¿Habrá que reconocer que, además, la posesión debe facilitar la prueba contradictoria que haga el demandado? Este queda apercibido para refutar la prueba hecha por el demandante de la propiedad que él adquiriera; es necesario que, a su vez, justifique que ya no pertenece al actor esta propiedad. La cuestión planteada es la siguiente: si el demandado puede fundarse en su posesión para que ésta le preste un nuevo servicio en materia de prueba, el de sentar para el juez una presunción de adquisición de propiedad tal a su favor, que, no obstante la prueba practicada por su contrario, venga el demandado, por poseer actualmente, a ser considerado legalmente como propietario, por lo menos salvo prueba que lo desvirtúe. En tales términos se ha planteado la cuestión.

Y se olvida frecuentemente que esta cuestión debía

suscitarse; no era tan obvia; la solución no estaba en modo alguno implícita en aquel principio general del Derecho común de que la posesión fija o señala cuáles sean las funciones en materia de prueba.

Efectivamente, con frecuencia se le traduce en la fórmula de que "salvo prueba en contrario, la posesión hace presumir la propiedad, y que, por tanto, impone al no poseedor la iniciación del pleito y la prueba de su derecho"; pero olvidan decir qué es lo que debe probar el demandante para que prospere su demanda; dicen que la propiedad actual; está bien, pero ¿cómo demostrará la *actualidad* de su derecho? A esta cuestión final queda reducido todo. Ahora bien; probada por el demandante una adquisición de la propiedad, no puede obligarle la ley a que demuestre que conserva este derecho de propiedad hasta el momento de ejercitar su acción reivindicatoria. ¿Cómo vamos a imponerle una prueba negativa tan vaga y sin limitación como sería la de demostrar que, aparte de él, nadie ha podido adquirir el derecho de propiedad que hubo una vez de pertenecerle? Por consiguiente, aparte de toda condición relativa al mantenimiento de la posesión, hay que presumir, salvo prueba en contrario, que la propiedad adquirida la conserva el propietario; y, por tanto, cuando el demandante ha probado, es preciso que, de contrario, se acredite que esta propiedad no pertenece ya al actor, cosa que la mayor parte de las veces sólo podrá hacerse demostrando el poseedor que le pertenece a él. Con la posesión hay presunción de propiedad, indudablemente; pero hay que añadir que esto ocurre hasta que el demandante prueba que ha sido propietario de la cosa. Y entonces se suscita una segunda cuestión: averiguar si la posesión envuelve, además, la presunción de que la propiedad probada por el demandante ha cesado de pertenecerle, por haber sido trasmitida al demandado.

Este es el segundo efecto del principio de que la posesión constituye una presunción de propiedad. Todos están

conformes en el primero de los efectos, y forma parte de los principios generales de Derecho en materia de prueba. Pero el segundo no resulta *a priori* del Derecho común solamente; para que adquiera completa eficacia debe declararlo expresamente la ley. Por sí sola, la posesión no basta para demostrar esta trasmisión y cambio de la propiedad en favor del demandado; o, por lo menos, carece de eficacia para que se presuma la existencia de un título traslativo de derecho que prive al demandante de la propiedad: es necesario que la ley lo reconozca expresamente, y en esto consiste la función de las presunciones legales de propiedad unidas al hecho de la posesión. Manifestar que ésta presume la propiedad no sólo quiere decir que origine esta presunción mientras el demandante no haya probado su propiedad; eso no hay ni que decirlo: es reconocer, además, que origina esta presunción aun frente a la prueba hecha por el demandante.

¿Formularíase el principio de que la presunción resultante de la posesión llegara a esto y que produjera este segundo efecto? Tal era, ni más ni menos, la cuestión planteada.

54. *Sistemas que en materia de presunción de propiedad formularon los diferentes Proyectos.*—El primer Proyecto del Código civil alemán, impregnado todavía de conceptos doctrinarios y puramente romanistas, se atuvo sobre este punto al sistema jurídico de las Pandectas, y como regla general, y salvo una excepción, no admitió ninguna presunción de propiedad fundada en la posesión; únicamente, con motivo de la indemnización debida por razón de delito o cuasi delito, derogó este sistema riguroso, declarando que en caso de pérdida de la posesión de una cosa por culpa ajena, o de menoscabo de la cosa que se tenía en posesión por falta imputable a otro, para señalar la indemnización presumíase que él era el propietario, y que cuando el autor del daño pretendía que la propiedad

de la cosa no pertenecía al poseedor de ella, incumbía a aquél la prueba (§ 825 del primer Proyecto).

La presunción de propiedad unida al hecho de la posesión, sólo era reconocida en el campo del delito civil, pero no en materia de reivindicación.

El segundo Proyecto fué el que, en interés del crédito y del comercio, vino a llenar este vacío (1).

Con arreglo al Derecho común sancionado en el primer Proyecto, el poseedor (demandado en el proceso reivindicatorio), una vez probada la propiedad del demandante, tenía que probar, a su vez, su título, es decir, un modo de adquirir realizado en su favor.

Claro que no tenía que probar que la cosa la hubiera recibido del propietario mismo, porque, según sabemos, entre los modos de adquirir estaba incluído, como título de legitimidad, el hecho solo de la posesión de buena fe, fundada en un contrato formal de trasmisión; bastaba, por tanto, al poseedor demostrar que le había hecho tradición un tercero, tradición a título de propiedad; la buena fe se presumía. Tampoco necesitaba probar la causa jurídica en cuya virtud se había hecho la tradición, pero sí que ésta era verdadera tradición traslativa, es decir, una trasmisión formal de propiedad. Y este hecho, como constitutivo del justo título conforme al § 932, es ya de por sí tan difícil de prueba, tratándose de muebles, que es casi irrealizable o poco menos la prueba de la propiedad mobiliaria, cuya tradición no va acompañada de títulos escritos ni nadie se preocupa de formalizarla ante testigos. Quizá sea menos difícil obtener prueba escrita de un contrato cualquiera *obligacional* o concreto como título traslativo, a la manera del Derecho francés, que obtener uno de título de trasmisión en el sentido del Derecho alemán. Puede haber prueba escrita de la venta; pero es raro que la

(1) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung*, III, páginas 382 y ss.

haya de la tradición, salvo los casos de acuse de recibo de las entregas, y aun así, estos documentos no se hallan en manos del adquirente. De todas suertes, el poseedor supuesto de buena fe, más obligado a probar su título, en el noventa por ciento de los casos no podrá demostrar la existencia de un título formal de adquisición en su favor.

Por otra parte, aun el poseedor de buena fe, el que se cree dueño, puede ignorar por qué título, cuándo y cómo ha sido adquirida la cosa y en virtud de qué título ha ingresado en su patrimonio. Puede ocurrir que sea heredero de un poseedor anterior a quien creyó propietario, pero que ignore cómo y cuándo lo fué éste, por qué título, la causa jurídica de adquirir, si hubo tradición o si adquirió la cosa por prescripción. No sólo no podrá acaso probar la tradición o el título que debería invocar, sino que en caso semejante no podrá siquiera el poseedor alegar título alguno; únicamente podrá decir: "soy poseedor porque soy poseedor, y lo soy porque lo era mi causante y como él lo era." Puede hasta ser el tutor de un incapacitado que ignore cómo fueron adquiridos los bienes muebles que integran el patrimonio que administra y que por ser un demente el incapacitado no pueda darle noticia alguna. En este supuesto, no sólo es imposible probar cada tradición en particular, sino más aún: saber si hubo tradición, cuándo y por qué título.

Por consiguiente, en todos estos casos, ¿cómo obligar a probar su título al poseedor, que suponemos demandado de reivindicación? (1).

55. *Presunción admitida por la segunda Comisión.*— Comprendiendo la segunda Comisión la imposibilidad práctica que había en ello, a semejanza del art. 2.279 del Código civil francés reconoció una presunción de propiedad fundada en la posesión de bienes muebles, que ha

(1) Véase Eck-Leonhard, *Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs*, II, § 20, pág. 183 (edic. 1904).

hallado consagración en el § 1.006 del Código civil alemán. Una vez más ha sido armonizada la posesión para los muebles y la inscripción para los inmuebles. La presunción de propiedad que por el hecho de la inscripción en el Registro reconoce el § 891 del Código civil alemán cuando se trata de inmuebles, la deriva de los muebles el § 1.006; y el fin del presente estudio vamos a dedicarlo ahora a investigar la extensión y la naturaleza jurídica de esta presunción de propiedad.

* * *

56. *De la presunción de propiedad consignada en el § 1.006 del Código civil alemán. Caso en que es invocada a favor del poseedor actual.*—Para estudiar el funcionamiento de la presunción de propiedad procedente de la posesión de bienes muebles, examinémosla en primer lugar desde el punto de vista del poseedor actual y supongamos que no hay desdoblamiento en la posesión, es decir, que no hay poseedor mediato.

Según hemos visto, a lo menos tratándose de acción reivindicatoria, apenas ofrece interés la presunción más que cuando el demandante ha probado su derecho; cierto que, como veremos a continuación, el demandante puede por su parte invocar igual presunción para demostrar su propiedad, y con esto, probado que ha sido poseedor, queda consiguientemente demostrado que tenía la propiedad. Sólo que ahora no tiene la posesión; y entonces el poseedor actual será, a su vez, el que se defenderá alegando su propia posesión, para acreditar así que es el propietario. Lo había sido el demandante, o, mejor dicho, se le había presumido tal mientras estaba en posesión; ahora quien ha adquirido ésta es el demandado, y de él se presumirá que ha llegado a ser propietario. Su posesión bastará para presumir que se funda en un justo título de adquisición, o, en otros términos, se presume que con el

cambio de posesión la propiedad misma ha sido normal y simultáneamente transferida.

Con esto resulta doble la derogación al Derecho común en favor del poseedor, y consiste: primero, en que no tiene que hacer prueba directa de su título, y, además, en que no tiene para qué alegar siquiera el título mismo. En el caso, por ejemplo, de un heredero que ignora el título de su causante, se presumirá en su favor la existencia de título, sin que necesite manifestar cuál sea aquél en cuya virtud adquirió: realmente no hubiera podido indicar ninguno.

Sólo que los efectos de la presunción posesoria no van más allá, lo cual quiere decir que no hay sino lo que en Derecho francés llamamos *presunción simple (juris tantum,* susceptible de prueba en contrario); en Derecho alemán, por lo demás, no hay otras; no las hay absolutas, como en el Derecho francés, a la manera del sistema elaborado por la jurisprudencia en torno al precepto del artículo 2.279.

La consecuencia práctica de este concepto alemán consiste en que el demandante, a su vez, puede rechazar la presunción invocada contra él probando que el poseedor actual no es propietario; que, en lo que le concierne, equivale a demostrar su falta de título o su mala fe.

57. *Cómo puede resultar sospechoso el silencio del poseedor.*—En este punto radica la diferencia práctica con el sistema del art. 2.279 francés. Vamos a tratar de exponer con claridad lo que sucede.

Naturalmente, no basta con que el demandante demuestre que la tenencia del poseedor procedía de un no propietario: por ejemplo, de alguien que la hubiera habido a título de depósito y que para él (actor) no fuera más que un representante posesorio; esta prueba es insuficiente en los casos que pueda hacerse, cosa fácil en muchos de ellos; porque el demandado, aunque por su parte nada tenga que probar, estando amparado por la presunción que le

protege, en el terreno de los hechos no podrá encerrarse en el silencio que toda presunción legal parece implicar a primera vista; porque en la mayoría de los casos ese silencio dejaría entrever la sospecha de robo o, si hubo abuso de confianza, la complicidad en este delito. Salvo circunstancias que puedan justificar el olvido o la ignorancia del modo de adquirir la cosa, necesitará el poseedor manifestar de quién la hubo y se sabrá dónde, cómo y a quién la compró, y, por tanto, que su vendedor no era propietario o que quizá fuera un simple depositario del objeto. Ateniéndose a esto sólo, importa poco; puede decirse que no hay nada todavía, porque con arreglo a lo prevenido en el § 932, la mera adquisición de buena fe de un bien mueble basta para adquirir la propiedad, aunque la cosa proceda de un no propietario. Precisamente éstas son las condiciones que da por cumplidas el § 1.006 para aplicar al caso la adquisición de buena fe, y cuya falta debe probar el demandante para excluir esta presunción; habrá de probar, pues, la mala fe o la falta de título: tal es, por consiguiente, el extremo que necesitamos explicar más detalladamente.

58. *Supuestos previos. Mención especial de las diferencias entre el Derecho francés y el alemán respecto a la prueba de la falta de título.*—Primeramente hemos de suponer, por haber aplazado este extremo, que la cuestión no surge entre causante y causahabiente; de modo que hay que admitir entre reivindicante y poseedor la existencia de uno o varios intermediarios, en cuyas manos ha estado la cosa antes de llegar a las del poseedor actual. Y además, que la cosa circulada así de mano en mano no fué robada ni perdida, porque, en semejante caso, tanto el § 1.006 del Código civil alemán como el art. 2.279 del francés ordenan que no se aplique la presunción de propiedad establecida por ambos. De modo que el primer intermediario entre el dueño antiguo y el poseedor actual, intermediario único las más de las veces, es necesario que

no sea ladrón ni que se haya apoderado de la cosa sin la voluntad del dueño, es decir, sin que haya habido entrega voluntaria; habrá de ser alguien a quien el propietario hubiera hecho entrega de la posesión a título, claro es, de simple disfrute: arrendatario, usufructuario, prestatario, mandatario, depositario; nunca, como hemos visto (a lo menos en opinión general), un doméstico o en general un detentador subordinado cualquiera. Así es que supondremos un intermediario poseedor, pero poseedor por otro, en nombre ajeno, y que enajena la cosa de mala fe o porque ignorase el carácter de su posesión; por ejemplo, el heredero de un depositario que hubiera creído dueño al *de cujus*. Aquél enajena la cosa, bien a un primer adquirente, quien la trasmitió al poseedor actual; bien a este mismo directamente, sin nuevo intermediario; y supongamos que contra él reivindica la cosa el dueño antiguo.

Este, por consiguiente, deberá combatir la presunción que se le opone, y puede hacerlo, por ejemplo, probando que el poseedor lo era de mala fe en el momento de adquirir, o sea que al contratar supo aquél que lo hacía con un no propietario; en este punto hay conformidad entre el Derecho francés y el Derecho alemán. El primero autoriza al reivindicante para rechazar la aplicación del artículo 2.279 o, para copiar el lenguaje de la jurisprudencia, "la presunción derivada de él", probando la mala fe del poseedor.

Pero figurémonos que esto no puede probarse, y entonces, el Derecho alemán, llegado el caso, autoriza al reivindicante para alegar y probar que el poseedor, aunque de buena fe, carece de título, falta que en Derecho alemán consiste en la de una tradición con carácter traslativo, que es lo que, según hemos visto más atrás, llámase algunas veces *contrato real de trasmisión*, es decir, contrato acompañado de entrega real. Habrá que probar, por tanto, que entre el poseedor intermediario y el poseedor actual no ha

mediado un contrato real, o que si lo hubo es nulo. Precisamente, como sabemos, este título es el que presume haber existido el art. 1.006; y para que pueda ser excluída la presunción invocada de contrario, el reivindicante debe probar la falta de él.

Y en esto precisamente está la diferencia entre los sistemas francés y alemán: el art. 2.279 del primero excluye la prueba de la falta de título, la presunción que reconoce no admite prueba en contrario, a lo menos cuando la cuestión no se plantea entre causante y causahabiente, o sea en casos como el puesto por nosotros. En Derecho francés, cuando un poseedor contrata con un detentador no propietario, siendo de buena fe, adquiere el derecho y es ineficaz toda prueba contra él.

59. *Verdadero alcance práctico de la diferencia.*—En pura teoría parece de importancia la diferencia, aunque ya atenuada por todas las distinciones y subdistinciones que entraña la materia, y expuestas anteriormente. Pero examinada en el terreno de los hechos y en la práctica, queda reducida a casi nada, sobre todo si tenemos en cuenta, como factor decisivo, que a cargo del demandante corre la prueba de la falta de título.

Hemos visto que si éste logra probar que el poseedor recibió la cosa sólo a título de disfrute, sin que haya habido tradición traslativa de derecho, que es en lo que consiste el título de trasmisión, aun cuando por otra vía, se encuentran el Derecho alemán y el francés, que para la aplicación de la regla del art. 2.279 exige que el poseedor actual sea un poseedor *animo domini* y no un simple poseedor por otro (*).

Por otro lado, aun en este caso de simple adquisición de disfrute no puede decirse con exactitud que el deman-

(*) [Lo confirma el art. 2.414 del Código argentino al decir que "la presunción de propiedad no puede ser invocada por la persona que se encuentre, en virtud de un contrato o de un acto lícito o ilícito, obligada a la restitución de la cosa".]

dante reivindicador pueda invocar siempre con fruto esta falta de título traslativo del derecho; si entre él y el poseedor actual hay un intermediario de cualquier grado que hubiera devenido propietario por razón de su buena fe, no puede hacerlo; porque aun cuando el poseedor fuese un simple depositario o detentador precario, podría alegar siempre que él tiene la cosa del nuevo propietario y que el reivindicante no lo es. Y para que la reivindicación prospere no basta probar que el poseedor actual no es propietario: ante todo y previamente es preciso que sea propietario el actor. No es que se exija al demandante la prueba de su propiedad actual; la prueba previa que ha de hacer es la de que lo era en un determinado momento; pero si en los autos se demuestra que no lo es ya, esta prueba, que destruye la suya, basta para desestimar su acción, sin que haya necesidad de distinguir si este derecho de propiedad de que está decaído pertenece ahora al demandado o a otro cualquiera. La acción reivindicatoria de propiedad no está fundada, como la publiciana antigua, en la prueba de la preferencia entre dos derechos opuestos o dos posesiones contradictorias; si así fuera, habría que decir que el que prueba que ha sido propietario, aun cuando haya perdido este derecho, deberá ser preferido a quien jamás ha sido dueño. Pero no es éste el carácter de la reivindicación de dominio, que se funda, no en la preferencia de un derecho sólo, sino en la existencia del derecho mismo de propiedad; y menos aún cabe decir que la adquisición de la propiedad resultante de una posesión de buena fe confiere meramente una propiedad relativa, invocable únicamente por el adquirente mismo y sus causahabientes a título de propiedad y no por otros; porque éstos son conceptos tomados de la antigua *praescriptio* del Derecho romano, que carecen de valor en el Derecho alemán moderno.

De suerte que en este caso, cuando el poseedor actual tiene la cosa de un poseedor anterior convertido en propietario por razón de su buena fe, será desestimada la reivindicación que intente el dueño antiguo invocando que dicho poseedor carecía de título o que éste era nulo; no puede arrogarse los derechos del poseedor intermediario, que es el único propietario legítimo en adelante, y la solución, por consiguiente, será la misma en este caso tanto en el Derecho alemán como en el francés, y en ambas legislaciones por una razón igual, a saber: por falta de fundamento de la reivindicación.

60. *El caso de "mala fe" y la posibilidad de una reivindicación meramente posesoria.*—Para ser lógico habría que decir lo mismo en el caso en que el poseedor sea de mala fe, si se prueba que el demandante no es propietario, prescindiendo de la existencia o validez del título de adquisición. A primera vista no se nota bien en qué puede exactamente consistir la mala fe en caso semejante; porque si el poseedor ha sabido que su vendedor compró a un no propietario y que la cosa procedía de un depositario, no basta para imputarle mala fe, puesto que él compró al verdadero dueño. El antiguo dejó de serlo; el que compró al depositario de él lo llegó a ser, y este propietario nuevo es el que vende a un tercero, conocedor de la procedencia de la cosa: poco importa; este tercero sabe que la cosa salió del patrimonio del antiguo dueño a consecuencia de un abuso de confianza; pero como en estas trasmisiones sucesivas la cosa ha llegado a manos de un adquirente de buena fe que se ha convertido en propietario, el tercero que la compra a este último, consciente de comprar al dueño, no puede ser jamás poseedor de mala fe.

Para que otra cosa ocurriera, era menester que él hubiese sospechado que su causante conoció la procedencia de la cosa y hubiera obrado de mala fe, de tal suerte que el hoy poseedor no hubiese considerado al trasmitente como legítimo dueño: creyó comprar de quien no era propietario e indudablemente tiene mala fe. Pero esta mala fe procede de un error suyo; en los autos se ha probado que

aquel de quien adquirió la cosa había llegado a ser dueño de ella y era de buena fe cuando adquirió de él; esto basta para que su causahabiente pueda invocar así el derecho de propiedad de su causante.

El caso verdadero de mala fe, propiamente dicha, sería el del ladrón que substrajese la cosa del adquirente que se convirtió en propietario por razón de su buena fe; o el del tercero que la comprare conscientemente de un depositario de este adquirente de buena fe, haciéndose así cómplice de un abuso de confianza; en todos estos casos ha sabido el poseedor que no devenía propietario. Se dirá que su mala fe no va dirigida contra el reivindicante actual, sino contra un poseedor ulterior que ha devenido propietario en su lugar: poco importa; esta relatividad puramente personal no es una condición intrínseca de existencia en materia de mala fe; ésta existe desde que se sabe que no puede llegarse a ser propietario, a pesar de la voluntad que hubiera de substituirse al verdadero derechohabiente, sea quienquiera el que se haya tomado por legítimo dueño. Este poseedor, aunque sea de mala fe, no por ello dejará de contestar al reivindicante alegando la falta de fundamento de su demanda por no apoyarse en una propiedad actual.

Esta solución sería un poco estricta, por no decir escandalosa, si en Derecho alemán no existiera junto a la reivindicación de propiedad otra de posesión, que en cuantos casos lo requiere la equidad permite recobrar la posesión de la cosa mueble al propietario antiguo que la encuentra en manos de un poseedor de mala fe, aun cuando en el intervalo otra persona distinta haya devenido propietario (§ 1.007 del Código civil).

Tal interpretación rigurosa puede constituir un peligro en el Derecho francés, donde no existe este recurso; y habría que atenuar sus efectos o dar el triunfo al reivindicante por el hecho de haber sido propietario cuando el poseedor actual no ha llegado a serlo, o bien no erigir en un modo absoluto de adquisición de propiedad el principio del art. 2.279, sino hacer de él una presunción relativa, una excepción exclusivamente personal, no alegable por los terceros.

Sea de ello lo que quiera, como el Derecho alemán distingue con precisión todas estas categorías, hay que excluir la reivindicación de propiedad de todo cuanto no sea su esfera propia, sin perjuicio de transformarla en reivindicación de posesión cuando la equidad exija restituir al propietario antiguo.

61. *Caso de intermediario único, adquisición en concepto de dueño y concurrencia de buena fe, pero careciendo de título eficaz.*—Si excluímos de nuestra investigación todos aquellos casos en que ha habido adquisición de propiedad por razón de un poseedor intermediario, nos queda sólo aquel más frecuente de existencia de un único intermediario, no devenido propietario, y de quien el poseedor tiene la cosa en virtud de un título nulo o en cuya posesión haya sucedido directa e inmediatamente sin título alguno; la falta o nulidad del título produce el mismo resultado. Si en vez de un solo intermediario ha habido varios, pero ninguno ha llegado a ser propietario, será lo mismo también. En vez de contratar con un depositario que haya recibido la cosa del dueño, el poseedor actual adquiere, por ejemplo, el objeto de un poseedor anterior, quien lo compró del depositario, pero sin tener buena fe; la tendrá el segundo, en hipótesis al menos, pero carecerá de título, y supongamos probado esto último por el reivindicante. Para darnos cuenta mejor del caso, supongamos uno muy corriente y sencillo: que haya un solo intermediario. El depositario tiene la cosa del dueño y la vende a un tercero de buena fe; si la hubiera dado en depósito, coincidirían el Derecho alemán y el francés también aquí, siguiendo caminos diferentes: uno invocaría la falta de título; el otro se apoyaría en la falta de posesión *animo domini*. Supongamos, por consiguiente, que el poseedor

actual, sucesor inmediato del depositario, tenga la posesión a título de dueño y obre de buena fe, pero carezca de título o éste sea nulo. Aquí triunfará la acción reivindicatoria del propietario en el Derecho alemán; en Derecho francés, será rechazada por la presunción absoluta del art. 2.279, puesto que hay buena fe y posesión en concepto de dueño.

62. *Hipótesis de un antiguo dueño que, haciéndose justicia por sí mismo, se posesiona de la cosa, habiendo mediado adquisición intermedia de buena fe.*—Para darnos cuenta exacta de cómo suceden las cosas en la práctica, debemos examinar dos casos: uno, aquel en que el poseedor, creyéndose propietario, se pone él mismo en posesión, y otro, aquel en que el dicho poseedor adquiere ésta en virtud de un título de naturaleza tal que le otorgue la propiedad, pero nulo o anulable.

Veamos el primero. En este orden de ideas cabe un caso interesante: el del antiguo propietario que encuentra la cosa en manos de un tercero y hace que se la entreguen sin tradición propiamente dicha, en el sentido de título de trasmisión.

Una cosa confiada por él, *A.*, a otra persona, *B.*, supuesto necesario para que no haya robo, y que este depositario o mandatario, *B.*, vende a un adquirente, *C.*, que la entrega en depósito. El dueño antiguo, *A.*, al hallarla en poder de este depositario, *D.*, hace que se la entreguen, y nos encontramos ante una entrega de posesión realizada en condiciones que no implican elemento alguno objetivo de la substracción y, sin embargo, en donde no hay tradición traslativa de propiedad. El adquirente *C.*, que confió la cosa a este último depositario *D.*, invoca el haberla comprado de buena fe, y, por consiguiente, haber adquirido la propiedad y reivindica contra el dueño antiguo *A.*, convertido en poseedor actual en virtud de una toma de posesión o de una entrega de posesión no constitutivas de título adquisitivo; y probado esto por el reivindicante *C.*, queda probado también que no ha adquirido el antiguo dueño *A.*, por falta de justo título al apoderarse ahora de la cosa. Pero hay otra razón quizá para rechazar la pretensión del poseedor actual, a saber: ¿no podría afirmarse que no concurre en él la buena fe especial requerida por el § 932, consistente en el hecho de creer que contrataba con el dueño? El repetido poseedor actual tiene indudablemente buena fe, por cuanto no creyó que el adquirente intermediario hubiese devenido propietario, porque lo suponía cómplice de la irregularidad cometida. Estaba equivocado en realidad, y por lo menos hay que suponer que no ha obtenido la exclusión de la presunción de buena fe que ampara a este adquirente intermediario *C.*; esto importa poco, porque subsiste la creencia en él de haber continuando siendo propietario; creyó hallarse ante un encubridor y se ha apoderado de lo que creía pertenecerle; desde su punto de vista personal hay buena fe, pero no la consistente en creer en el derecho de otro y creer que se adquiere por razón de este otro; no ha creído adquirir nada: ha realizado una restitución en su beneficio; en el fondo, se ha hecho justicia a sí mismo: ha sabido o ha supuesto, que es lo mismo, que la cosa no pertenecía a aquel a quien la arrebató, y, por consiguiente, no pretendió adquirir la propiedad. De modo que *A.* se dió cuenta de que ejercía un acto de justicia personal, extraño a las condiciones reconocidas por el Derecho común. Así es que pudiera estimarse que faltan en él tanto la condición objetiva requerida por el § 932 como la subjetiva que exige el texto, y, por tanto, no puede devenir propietario frente al derecho del nuevo adquirente.

63. *Alusión al Derecho francés sobre esta materia.*—Pudiera decirse otro tanto en Derecho francés, aun cuando éste no exija el justo título, pues la buena fe, a tenor del art. 2.279, hay que entenderla como la entiende el Derecho alemán; y si reconocemos, conforme a lo dispuesto en el § 932, que el dueño antiguo, al recobrar la cosa

en perjuicio de un poseedor que a su vez puede invocar el beneficio de la adquisición de buena fe, no tiene ésta, en el sentido legal de la palabra, análoga solución tenemos que admitir interpretando el art. 2.279. Bien entendido que en este propietario antiguo habrá mala fe si supo que el adquirente podía invocar la presunción de propiedad, porque se hace cómplice así de un robo o un abuso de confianza, y que tampoco tendrá buena fe si creyó continuar siendo dueño a causa de la mala fe del poseedor o poseedores intermediarios, porque en esta cuestión él no tiene derecho a erigirse en juez; es dudosa y cabe la eventualidad de una adquisición de buena fe en beneficio de un adquirente intermediario, y el dueño antiguo debió conocer que estaba expuesto a despojar a un tercero convertido en legítimo titular del derecho. Hay que reconocer, sin embargo, que la cuestión en Derecho francés no es tan clara como en el Derecho alemán, a causa de que ni el art. 2.279 define la buena fe ni precisa lo que debe entenderse por falta de título: extremos a que no hace alusión y que es preciso fijar haciendo uso de la interpretación.

Además, una de dos: o el propietario antiguo ha tomado posesión de la cosa de manos del adquirente mismo (y en este caso hay sucesión inmediata en la posesión, hipótesis excluída, según ciertas teorías, de la aplicación del artículo 2.279) o se apoderó de ella de manos de un depositario, quien tenía la cosa del adquirente (y supo perfectamente en este caso que realizaba un acto irregular). Sin embargo, ante la falta de precisión del texto, la cuestión puede suscitar dudas.

64. *Otros casos de toma de posesión directa: el del legatario de cosa no perteneciente al testador.*—Por el contrario, en otros casos la toma de posesión directa no está enlazada con la cuestión de buena fe, como sucedería, por ejemplo, en aquel caso especial, ya examinado, del Derecho alemán, en que el legatario, creyendo haber adquirido

el carácter de propietario, toma posesión de la cosa sin verdadera tradición por parte del heredero. Conviene recordar que la cuestión no se suscita sino cuando el legado recae sobre cosa ajena, porque si no, habría sucesión directa en la posesión y relación de causante a causahabiente, que no es de la competencia del § 932. Lo que aquí falta es el justo título, y no puede decirse, como en el primer caso, que el legatario se erija en juez de los derechos de un adquirente intermediario, lo cual le priva de la buena fe en el sentido legal de la palabra; en este nuevo caso no hay intermediario; el legatario cree adquirir por virtud del testamento; ignoraba la necesidad de tradición por parte del heredero; se ha engañado acerca de la existencia del título; no hay título de trasmisión; de suerte que si el verdadero propietario reivindicante prueba la falta de título, podrá obtener la restitución. Cierto que, merced a la presunción del § 1.006, será dificilísima, o casi imposible, esta prueba si se concierta con el heredero y éste confiesa que hizo la tradición. En caso contrario, una vez reconocido que hubo toma de posesión directa, falta el título, y el legatario se hallará en la situación en que hubiera estado el testador mismo, que hemos supuesto no había devenido propietario, porque de no ser así el reivindicante tampoco lo sería. Entonces, tratándose de legados no subseguidos de tradición normal, ¿estará comprometido el crédito porque el legatario haya sido víctima de su error y quede reducido a la condición a que se hubiera visto condenado el testador? El error cuyas consecuencias puede sufrir es un error de derecho, y no un error de hecho, a los que la posesión sirve de amparo.

Este ejemplo no puede alegarse en el Derecho francés, porque, según el Código civil, el legado constituye por sí mismo un justo título de adquisición.

Pero podemos idear una situación equivalente a la que acabamos de mencionar si suponemos una toma de

posesión realizada creyendo en la existencia de un justo título que no existe; un título putativo, es decir, inexistente, no sólo título nulo; como en Derecho francés ocurriría, verbigracia, con el legatario que toma posesión de la cosa en virtud de un testamente que hubiese sido revocado. Tal podría ser el caso, hipótesis de posible examen en ambas legislaciones, de aquel que ordena la compra de una cosa y toma posesión de ella creyendo realizado el mandato. Supongamos, además, que esta toma de posesión no es resultado de una verdadera tradición, porque entonces y en Derecho alemán nos hallaríamos ante un título bastante para adquirir; para poder comparar es necesario que haya *falta* de título en ambos sentidos de la palabra, como sucede en esta supuesta compra si hay toma de posesión directa y la venta recae sobre cosa ajena, con objeto de evitar la relación de causante a causahabiente. En Derecho alemán, si el reivindicante impugna la presunción del § 1.006 y prueba la falta de título, triunfará del poseedor actual; en Derecho francés, este pretendido adquirente, como es de buena fe y no se trata de relación de causante a causahabiente, estará amparado por la presunción del art. 2.279, puesto que no admite la prueba de la falta de título.

65. *Toma de posesión directa por el adquirente en un caso de compra "a non domino"*.—Ahora observemos que si el pretendido vendedor hubiera sido propietario, podría reivindicar contra el supuesto comprador, que nada ha comprado, aun cuando éste creyera haber negociado con el propietario; entonces, ¿por qué no tratar a este último como se le hubiera tratado si lo que creyó haber sucedido estuviera conforme con los hechos reales? ¿Por qué no tratarle de conformidad con el supuesto en que había consentido comprar? Precisamente los intereses del crédito requieren que el derecho esté de acuerdo con el error de los contratantes; no hay por qué darles mejor trato del que se les hubiera dado conforme a sus propó-

sitos; el crédito exige que se acepten y sancionen los propósitos de las gentes de buena fe. Y en caso semejante, al pretendido comprador, que creyó negociar con el dueño, ¿no parece equitativo tratarle como si se hubiera dirigido al dueño mismo? En el supuesto de ahora, la persona de quien se creyó comprar hubiera podido reivindicar; pues bien, ya que el comprador se exponía a una reivindicación, ¿por qué no conceder igual derecho al verdadero propietario? Cierto que debe el adquirente sufrir las consecuencias de otro error, el derivado de haber depositado mal su confianza, de haber creído cerrar una venta no habiéndose realizado; pero la posesión no le garantizaría contra dicho error, ni siquiera, según el art. 2.279, con respecto al vendedor supuesto propietario; ¿por qué ha de defenderle contra el propietario legítimo? Así razona el Derecho alemán; cuanto puede decirse invocando el Derecho francés es que, planteado el conflicto entre el pretendido vendedor y el poseedor actual, ignoramos lo que hubiera hecho el vendedor. Quizá en vez de reivindicar hubiera consentido celebrar la venta que creyó había sido realizada; por parte del propietario reivindicante, hay peligro de que falten todas estas probabilidades.

Este punto es interesante y hay que esclarecerlo, porque quizá sea el único que en la práctica demuestre la superioridad del sistema francés. El interés del crédito puede exigir efectivamente que cuando se ha creído tratar con el dueño, y aun cuando no exista el título, sucedan las cosas como en la realidad hubieran ocurrido si no hubiese de por medio más que la persona con la que se creyó negociar, es decir, sin la ingerencia de otro derechohabiente, aunque sea el verdadero propietario.

Otra consideración hay que puede suministrarnos contra el sistema alemán una nueva objeción, resultante del mecanismo del acto abstracto, según ya pudimos ver en el caso del legatario que se creyó investido de la propie-

dad por razón del legado. Lo mismo cabría decir del comprador que entra en posesión sin que haya tradición, propiamente hablando, sino únicamente porque creyó devenir propietario por razón de la venta. En Derecho alemán, no tendría justo título; en la teoría francesa, sí; de modo que en Derecho francés, en semejante caso, si se aplica el art. 2.279, aun ante una toma de posesión directa, en realidad está consagrada la teoría del justo título. En Derecho alemán, y en el mismo caso, careciendo de tradición propiamente dicha, no hay justo título, y, no obstante su posesión y su buena fe, el comprador habrá de restituir al verdadero propietario que contra él reivindique. Y, sin embargo, no puede decirse, como dijimos en el caso de título nulo, que si hubiese tratado con un vendedor dueño legítimo, hubiese estado expuesto a peligro análogo; no hubiera devenido propietario, indudablemente, pero hubiera podido exigir al vendedor que convalidara su título de propiedad y pactara con él el acuerdo de voluntades de que habla el apartado 2.° del § 929, y, ante la negativa del vendedor, demandarlo ante los Tribunales, cuya resolución, adversa al vendedor, equivaldría, una vez firme, a su consentimiento (§ 894 del Código de procedimiento alemán). Por otra parte, si este vendedor, que continúa siendo propietario, quiere trasmitir la cosa a un segundo adquirente, como no está en posesión ni puede hacer tradición de ella, estaría imposibilitado materialmente de realizarlo. No puede decirse ya, por tanto, que en este caso, frente al reivindicante, va a ser tratado el comprador que adquirió de un vendedor no propietario como sería tratado frente a un vendedor dueño legítimo; entonces, ¿no habrá exageración en conceder al propietario reivindicante el derecho a investigar las relaciones jurídicas formalizadas entre el poseedor actual y aquel con quien ha tratado, que es un tercero para el propietario? Frente al dueño reivindicante, los elementos únicos con que debe contar son estos dos

hechos: la posesión y la buena fe; el averiguar cómo ha entrado en posesión el poseedor sólo atañe al causante de quien este poseedor adquirió el objeto; el reivindicante no tiene por qué examinar estas relaciones, a que él queda extraño. Esta es la verdad en todos los casos como los enumerados, en los que el poseedor puede invocar en apoyo de su buena fe un título obligatorio que, si no un modo formal de adquirir, sea, a lo menos, causa suficiente para justificar su posesión. La equidad está salvada, y el adquirente queda en situación bastante favorable para que la ley le dé preferencia sobre el dueño antiguo.

66. *Caso único en que el Derecho alemán admite la toma de posesión unilateral como constitutiva de justo título.*—En un caso solo, sin embargo, reconoce el Derecho alemán que la toma de posesión unilateral es suficiente para constituir un justo título: el del § 926, referente a la venta de un inmueble enajenado con los objetos accesorios, que pueden ser el material agrícola o industrial que hayan constituído el objeto del contrato real de trasmisión, que para los inmuebles se formaliza por una cesión solemne ante el juez registrador. Si entre estas cosas muebles hubiera algunas pertenecientes a otro dueño, no las adquirirá el comprador por la cesión judicial del inmueble y la inscripción subsiguiente; para convertirse en propietario es preciso que concurran en el adquirente los requisitos de la adquisición de buena fe según el § 932; de modo que será necesario que se le ponga en posesión y que sea de buena fe. Pero esta entrada en posesión no necesita ser una tradición con contrato traslativo del derecho, porque el elemento contractual de la tradición se dió con el contrato real celebrado en forma de cesión judicial y el contrato comprendía a la vez el inmueble y sus accesorios. Si después el adquirente ha tomado posesión por un acto unilateral, siempre que sea de bue-

na fe, habrá observado los requisitos del § 932, modificado ligeramente por el 926 (1).

Cierto que, según el Derecho común, cuando ha habido toma de posesión unilateral basta el acuerdo posterior entre las partes para convertir en tradición propiamente dicha esta posesión (§ 929). Pero la particularidad que distingue el caso del § 926 de éste es que en aquél el acuerdo contractual se produce antes y no después de la toma de posesión. Sea de ello lo que quiera, estas sutilidades y distingos indican cuán delicado resulta otorgar al propietario reivindicante el derecho de entrar en el detalle de las relaciones jurídicas entre vendedor y comprador, tanto más cuanto que aquél, salvo el riesgo de que sea impugnado como fraudulento este contrato, podrá siempre llegar a un acuerdo después y habrá el concierto de voluntades del § 929, a consecuencia del cual se transforma en tradición la toma de posesión unilateral, insuficiente por sí misma para constituir el justo título exigido por el § 932.

Una legislación que reconoce el acto jurídico abstracto parecería que debiera no requerir el justo título y haberse satisfecho con la simple posesión para adquirir de buena fe, como hace el Derecho francés.

67. *Hipótesis en que existe título, pero ineficaz.*—Nos queda por examinar otro grupo de casos: aquellos en que existe título, aunque viciado de nulidad; pero recuérdese que, para el Derecho alemán, el título de que aquí se trata no es más que la tradición del § 929 y no el contrato *obligacional*, no abstracto, que le sirve de causa. Desde el instante en que el adquirente, a quien se supone de buena fe, posee a base de una tradición válida, no hay que preocuparse de si es o no eficaz la causa en virtud de la cual aquélla ha sido hecha, observación suficiente

(1) Véase PLANCK, *loc. cit.*, t. III, comentario al § 926, páginas 168-169.

para atenuar un tanto la diferencia que vamos a señalar con relación al Derecho francés. Supongamos un legado o una venta nulos, y que la tradición se ha hecho fundándose en estos títulos viciados de nulidad; en Derecho francés, la posesión del adquirente de buena fe es inatacable; igualmente lo será en Derecho alemán si la tradición en sí es válida. Para alegar, pues, la falta de título es necesario suponer, por ejemplo, un vicio en la voluntad que sirva de causa de nulidad de la venta y repercuta en la tradición. En este caso, si el título de trasmisión es nulo, la nulidad equivaldrá a la falta de título, siempre, sin embargo, que se trate de la nulidad a que se refiere el § 141 del Código civil alemán, o sea lo que llamaríamos en Derecho francés *nulidad absoluta;* si hubiera sólo anulabilidad, el propietario reivindicante no podría instarla, porque este derecho corresponde únicamente al que hizo la tradición; si éste usa del derecho que le reconoce el § 143 del mismo Código, se considera inexistente el título y el propietario reivindicante puede apoyarse en la nulidad: el poseedor queda reducido a una posesión sin justo título. Si, por el contrario, el vendedor no ha instado la anulabilidad, los terceros, y el propietario lo es, no pueden obtenerla. Ahora hay que averiguar si cuando el vendedor es a la vez deudor del propietario reivindicante (caso frecuente, cuando se trata, verbigracia, de un depositario infiel) podría el propietario, como acreedor, ejercitar el derecho correspondiente al deudor. En Derecho francés, el propietario que en semejante caso fracasara en la reivindicación del art. 2.279 podría invocar el 1.166 (*) para ejercitar en nombre de su deudor, el depositario, la acción de nulidad correspondiente a éste, y obtener así la nulidad de la venta hecha al poseedor y lograr la restitución, aun cuando sujetándose a las condiciones del art. 1.166 dicho. Gracias

(*) [Artículo 1.111 del Código civil español.]

a este rodeo, vemos que ambas legislaciones están casi conformes. En materia de tradición son muy raros los casos de nulidad propiamente dicha, y, por tanto, quizá el Derecho alemán ha juzgado sospechosa de inteligencia fraudulenta la negativa del vendedor a instar la nulidad, puesto que por su parte hay propósito de quebrantar los derechos del verdadero propietario. Cabe sospechar manejos culpables entre el tercero que entregó la cosa y el poseedor que la detenta, cuando los dos se entienden para impedir la restitución, o sospechar, asimismo, que el adquirente, no obstante su aparente buena fe, sea sólo un falso adquirente que tuviera en precario la cosa, o bien que fuera cómplice del vendedor. Para desbaratar este fraude, en Derecho francés hay que probar indubitablemente la mala fe, cosa que se supone no ha podido hacer el reivindicante; o bien, probar la posesión precaria o, por lo menos, que ha sido equívoca. El sistema alemán conduce a este resultado de un modo más sencillo y seguro al permitir invocar la falta de título; con ello da mayores y más seguras facilidades a los propietarios despojados mediante un abuso de confianza.

68. *Resultados del sistema alemán.*—Estas son las ventajas del sistema alemán, aun cuando hayamos visto lo aleatorio de su eficacia con hipótesis tan numerosas como la de la anulabilidad, por ejemplo, o la de la nulidad del contrato *obligacional* (concreto) sin correspondiente nulidad del real de trasmisión, en que caben inteligencias fraudulentas respecto a las cuales el Derecho alemán no brinda siempre medios suficientemente seguros de desbaratar tales maquinaciones.

Ante estas incertidumbres, estas distinciones sutiles, esta protección dejada a la eventualidad de cada caso y estos resultados empíricos, acaso fuera más sencillo y seguro atenerse al sistema francés, que sólo exige la posesión de buena fe, sin la condición de justo título; y para satisfacer las escasas exigencias a que el Derecho alemán

atiende de un modo más estricto y más seguro, bastaría dar al juez amplias facultades de apreciación tocantes tanto a la aplicación del concepto de posesión equívoca como al de la buena fe, latamente entendida, y, sobre todo, la ignorancia grave lindante con la sospecha de complicidad.

Pero de lo que no cabe discusión es de que cualquier reforma que se intente modelar en el sistema alemán del justo título, suponiendo, por lo menos, mantenida íntegra la disposición del art. 1.138 del Código civil, produciría la agravación del régimen alemán. Esto no puede ofrecer duda, porque, según el art. 1.138, el defecto de título consistiría, no en la tradición misma, sino en la causa obligatoria que le sirve de fundamento jurídico, y el propietario reivindicante podría invocar en su beneficio cuantos vicios puede haber en el contrato obligatorio, o, de un modo genérico, la causa jurídica de la tradición; sistema más amenazante y peligroso de lo que lo es el alemán merced a su teoría del contrato abstracto.

69. *La presunción de propiedad y la excepción establecida por el § 1.006.*—La exposición que acabamos de hacer del mecanismo de la presunción de propiedad derivada de la posesión daba por supuesto inicial que la cuestión estaba planteada, no entre poseedores sucesivos, sino en el terreno de las relaciones entre el poseedor actual demandado de reivindicación y un tercero que pretende ser propietario de la cosa y que no fué quien la entregó a aquél. Se trataba, pues, de aplicar la presunción en beneficio del poseedor actual y demandado de reivindicación.

Pero recuérdese que el principio que formula el § 1.006 del Código civil alemán contiene una excepción de carácter general, aplicable a todos los casos en que, con arreglo al Derecho común, pueda admitirse la presunción: nos referimos a la hipótesis de cosas robadas, perdidas o desaparecidas.

A primera vista parece innecesaria esta disposición, que debiera ser el corolario algo forzado del principio

análogo formulado por el § 935 en lo tocante a la adquisición de buena fe. En este último aspecto concluye la protección debida a la buena fe, y, por consiguiente, queda prohibido a los terceros de buena fe adquirir todas aquellas cosas que de un modo general se llaman *desaparecidas*. Nadie puede adquirirlas por su buena fe personal, o, lo que es lo mismo, mientras no recobre la cosa continuará siendo dueño de ella el antiguo propietario: no puede ser despojado de su propiedad más que por un acto normal de trasmisión de su derecho. Este es el principio, como hemos visto, que formula el § 935 del Código civil alemán.

En su consecuencia, parece que debiera desvanecerse la presunción del § 1.006 para el antiguo dueño, víctima de una desaparición de esta clase, ya que esta presunción está fundada en la eventualidad de una adquisición de buena fe que, según el § 932, diera la adquisición de la cosa al poseedor, no obstante la falta de derecho del enajenante. Y como en el caso de desaparición involuntaria repútanse imposibles todas las adquisiciones de esta clase, aunque se hallen fundadas en un justo título y la buena fe, parece inútil presumir la existencia de un justo título, que aun probada su existencia ha de ser ineficaz para adquirir.

De las apariencias resulta esto; sin embargo, acaso sean aquéllas algo menos estrictamente armónicas de lo que nos imaginamos a primera vista, porque pudiera ser que entre el robo o la pérdida y la posesión actual desapareciera lo que los romanos llamaban *vitium furti;* como sucedería en el caso de que la cosa, en el intervalo, hubiera vuelto a las manos de la víctima del robo o pérdida; porque entonces sería posible nuevamente y no carecería de objeto la presunción de existencia de título en beneficio del poseedor actual; y ahora este título tendría plena eficacia. Sólo que para restituir su valor inicial a la presunción derivada de la posesión habría que examinar otras dos juntamente: una, la relativa a la vuelta de la cosa a poder del

propietario, y otra, a la entrada de nuevo en circulación, que ya no corresponde a desaparición alguna propiamente dicha, y produce un título normal, en cuanto tal título al menos, en beneficio del poseedor actual.

¿Convendría verdaderamente entonces acumular estas presunciones sucesivas fundándolas sólo en la posesión, y habría equidad sobre todo en proteger así, costase lo que costase, al poseedor, a expensas del propietario? ¿Es verosímil el supuesto de que se haya recuperado primero la cosa desaparecida y luego se haya puesto nuevamente en circulación? Por lo menos, hubiera debido darse al propietario reivindicante el derecho a probar que no se había realizado esta recuperación; y si con frecuencia sucedería que fuese fácil esta prueba, podía ocurrir también que cuando se perdieran las huellas de desplazamientos sucesivos de la cosa robada fuera imposible casi probar que en el intervalo no había vuelto a manos de su propietario; en este caso se correría el peligro de contradecir la protección que el § 935 concede a la víctima del robo o de la desaparición, oponiéndole una doble presunción que dificultara más la prueba y le expusiera a la pérdida de la beneficiosa situación creada.

De suerte que en este particular se ha sancionado también una armonía perfecta entre los principios acerca de la prueba, y, por consiguiente, las facilidades relativas a la motivada por la posesión y los que regulan el derecho y su trasmisión por razón igualmente de la posesión.

Cuando ésta sea suficiente, llegado el caso, para realizar la trasmisión del derecho, produce también la presunción de título; cuando, por el contrario, no baste para lograr dicho fin, por vicio inherente a la cosa, mientras no se suministre prueba previa de la desaparición del vicio, no se produce la presunción de título.

Además, la excepción relativa a las cosas desaparecidas es aplicada con las reservas y limitaciones consignadas en el § 935. De modo que queda excluída cuando se trata

de dinero o títulos al portador, como formalmente dice el § 1.006. Cierto que no habla de las cosas adquiridas en subasta pública, pero es porque en este caso hay título y no había para qué hablar de presunción.

* * *

70. *De la presunción de propiedad en beneficio del poseedor antiguo. Plan.*—Para estudiar la aplicación de la presunción de propiedad reconocida en el § 1.006, he supuesto el caso de que surja el conflicto entre un poseedor antiguo y otro actual, y que éste no tenga la cosa mediante sucesión directa ni, por lo tanto, se dé entre ellos relación de causante a causahabiente; y, por otra parte, he tomado sobre todo en consideración la situación del poseedor actual demandado de reivindicación, estudiando la asistencia y apoyo que podía prestarle la presunción de propiedad para rechazar la acción entablada contra él y parar los efectos de la prueba que de su derecho de propiedad haya hecho el demandante.

Pero queda un segundo aspecto por examinar: el contrario, o sea el del demandante que, llegado el caso, tenga que probar su derecho de propiedad, y que para facilitarse esta tarea tendrá interés, por consiguiente, en invocar a su vez el hecho de su posesión anterior. A ello atiende el § 1.006, que, en efecto, prevé, no sólo el caso del demandante de reivindicación, sino en general el de cualquier antiguo poseedor, y que nos dice que mientras duró la posesión de este antiguo poseedor se presume que ha sido dueño (§ 1.006, ap.° II del Código civil alemán).

71. *Presunción alegada por el reivindicante (hipótesis usual).*—Cierto que el caso principal tenido en cuenta es el que hemos examinado antes: el de un demandante que intenta reivindicar, y habiendo de probar su derecho de propiedad puede bastarle con que acredite su antigua posesión; ésta hace que se presuma su propiedad, y para

ello será suficiente que demuestre haber sido propietario en un determinado momento, que, según hemos visto, es lo único que le incumbe como demandante, y con ello realiza su parte de prueba. Para hacer esta prueba habrá necesidad de que los requisitos de la presunción del § 1.006 se hayan realizado en su beneficio, o, mejor dicho, que las excepciones que puedan ser opuestas a la presunción deducida del hecho de su posesión antigua no hayan sido suscitadas y probadas por su adversario; porque este último podría así sostener que al recibir la posesión, el demandante era un adquirente de mala fe, y que quien le entregaba la posesión a dicho actor era un no propietario y así le constaba, o que su título no era traslativo de propiedad; rechazada la presunción derivada de la posesión, en todos estos casos no habría prueba de la propiedad del demandante; y fuera ya de toda presunción, tendría que probar su dominio directamente, bien demostrando que adquirió de un modo inmediato y regular de quien era verdadero propietario, bien probando la prescripción; y en Derecho alemán, la usucapión de bienes muebles exige buena fe (§ 937). Mas sea lo que quiera de estas reservas, si no se suscitan o demuestran tales excepciones, le basta al demandante con invocar su posesión antigua para que aparezca fundada su acción.

72. *Presunción alegada por un demandado a quien no ampara el § 1.006 (hipótesis menos frecuente).*—Mas si bien no cabe duda de que el texto, al hablar del antiguo poseedor, pensó singularmente en este caso, no es el único, y cabe suponer que sea el mismo demandado de reivindicación el que invoque, no su posesión actual, sino la presunción derivada de la posesión de un poseedor intermediario; tal sucedería si este poseedor actual, por cualesquiera razones, no pudiera invocar la propia posesión, o bien porque tenga que confesarse poseedor por otro, o ya, y de un modo general, porque carezca del justo título a que alude el § 932, o, finalmente, porque el título sea puta-

tivo o nulo. En este último caso, ni siquiera hay un poseedor mediato que, en su defecto, pueda ostentar el carácter de poseedor actual, aunque por título distinto. Sólo hay un poseedor: el demandado de reivindicación; pero su posesión no basta para fundar su propiedad, y en estas condiciones ese poseedor actual, demandado de reivindicación, opondrá al propietario antiguo, hoy reivindicante, la posesión de otro poseedor intermediario, con objeto de alegar que habiendo sido este último un presunto propietario, no puede serlo el reivindicante, y, por tanto, queda destruída la prueba del mismo. Bien entendido que aquí hay también que hacer siempre iguales reservas y prever que se produzcan iguales excepciones; de suerte que el demandante puede alegar mala fe por parte del poseedor intermediario, en forma que enerve la presunción de propiedad que se le atribuye. Pero, hechas estas salvedades, si el demandante no alega ninguna excepción de esta clase, o, si una vez alegada, no la prueba (y suponiendo que la posesión de este intermediario invocada contra él sea de fecha posterior a la suya), se dará en su contra la presunción resultante, y aun cuando demuestre el actor haber sido propietario, no se le reconocerá en la actualidad este carácter, a lo menos ante la ley; y destruída su prueba así, se rechazará la acción, al menos como reivindicatoria de propiedad, aunque el demandado no haya devenido propietario.

He aquí un caso en que no se trata de presunción de propiedad en favor del demandante de reivindicación, sino de un poseedor antiguo cuya posesión se opone precisamente al mismo reivindicante. Cierto es, de todos modos, que el caso más frecuente de aplicación del § 1.006 es el de un demandante que reivindica e invoca su posesión antigua como prueba de su derecho de propiedad.

73. *Imposibilidad de que, en general, reivindique el poseedor en nombre ajeno.*—Exacto que si el demandado es un poseedor que a su vez puede alegar el derecho que

le reconoce el § 1.006, la prueba del demandante, tal como se deduce de su antigua posesión, tropezará con la posesión actual del demandado, a quien se reputará igualmente devenido propietario actual. Pero cuantas veces deje de estar el demandado en las condiciones previstas por la ley para invocar la presunción del referido § 1.006, por sí mismo ni por razón de un poseedor intermediario, triunfará el demandante por el único hecho de su posesión, sin necesidad de probar su título de propiedad.

En este respecto ocurre lo mismo en Derecho francés que en el alemán; sólo que en el primero, tratándose de muebles, el reivindicante no necesita probar sino su posesión anterior, puesto que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.279 ella constituye la prueba de su propiedad.

Ahora bien; en uno y otro Derecho, esta presunción de propiedad en materia de reivindicación pertenece únicamente al que posee a título de dueño, condición que se impone por sí misma, ya que la reivindicación implica por definición pretensión a la propiedad; de modo que no puede darse reivindicación al precarista o en general al poseedor en nombre ajeno.

Cierto que en Derecho francés, como en el alemán, el reivindicante que invoca su posesión anterior no necesita prueba directa de que posee a título de dueño, aun cuando la razón para ello sea distinta en uno y otro; pero el resultado práctico es el mismo en ambas legislaciones. Una de las condiciones de aplicación del principio sentado por el art. 2.279 del Código civil francés es la existencia de posesión *animo domini*, pero no tiene que probarla quien invoca su posesión: según el art. 2.230, se presume que es posesión por sí desde el momento que puede alegar una posesión de hecho cualquiera; por tanto, al adversario corresponde probar que era un detentador precario, sin facultades para invocar a su favor la presunción de propiedad derivada del art. 2.279. Aun cuando el mecanismo es un poco distinto en Derecho alemán, la conclusión es

semejante, porque el § 1.006 no exige en modo alguno una posesión propia, una *Eigenbesitz* (1), como requisito para aplicar la presunción en él reconocida. Ahora que, según veremos, si antes del poseedor que invoca su posesión hay un poseedor mediato, lo que implica una relación de posesión por otro, la presunción de propiedad corresponderá exclusivamente a este poseedor mediato; y, por lo demás, y prescindamos de este caso, la persona a quien se le opone una posesión anterior, a la que ella niega el carácter de posesión *animo domini*, queda siempre autorizada para probar la falta de título a tenor del § 932; y en todos estos casos el demandado de reivindicación a quien para justificar la acción se le oponga una presunción de propiedad deducida de una posesión antigua podrá, como en Derecho francés, y con ciertas reservas y matices que habrán de precisarse, contestar alegando la precariedad de la posesión anterior en que se funda la reivindicación ejercitada contra él; y esto probado, fracasa la reivindicación del demandante por carecer de posesión a título de propiedad, o al menos habrá de probar el actor su derecho prescindiendo de presunciones derivadas de su posesión. Una vez hechas estas reservas, puede decirse que tanto en Derecho francés como en Derecho alemán el que posee por otro carece de derecho para reivindicar.

74. *Recursos que puede utilizar el poseedor en nombre ajeno.*—Entonces el que sólo posee por otro, ¿a qué recursos debe acudir para recobrar su posesión? Con arreglo al derecho estricto, puede decirse que en Francia queda indotado de acciones posesorias y petitorias. El Derecho francés no da acción alguna, civilmente al menos, al poseedor por otro, bien sea prestatario, depositario o mandatario, aun en aquellos casos en que parece que deberían reconocérsele las acciones posesorias, como, por ejemplo, contra el autor mismo del despojo. Ha de acudir a la

(1) Véase PLANCK, *loc. cit.*, § 1.006, t. III, pág. 279.

acción penal cuando proceda si ha habido robo, o invocar el art. 1.382 (*) del Código civil francés para exigir reparación del daño causado; pero éstos son medios indirectos que necesitan pruebas más o menos delicadas, cuando la acción posesoria, por el contrario, hubiera sido un procedimiento sencillo y rápido. En Derecho francés y en materia de muebles no existe (**).

Con mayor motivo, y en principio al menos, tampoco puede reivindicar, puesto que no es propietario, el poseedor por otro; sólo puede, por tanto, ejercitar, por una especie de mandato tácito, la reivindicación perteneciente al depositante, o en general a aquel de quien procede la cosa y cuyos derechos representa. En semejante caso podría avanzarse más y reconocérsele derecho a una especie de *reivindicación útil* para los muebles, como parecen reconocerlo ciertas sentencias recientes (1); pero éstos son medios empíricos y casi extralegales, que no hacen más que acentuar aún la laguna del Derecho francés en esta materia.

No así el Derecho alemán, que da abundantes medios de protección y restitución hasta al poseedor precario.

En primer lugar, le dota de las acciones posesorias, que ya es mucho; pero no es esto sólo: en efecto, la acción posesoria supone que la cosa está aún en manos del que la arrebató y es autor de la desposesión ilícita, y no procedería tratándose de un tercero que adquiere la cosa mediante un acto regular de trasmisión, pues aun cuando el cedente no fuera propietario, la posesión del actual tenedor es perfectamente lícita, no es viciosa, y contra él no cabría sino una acción real, de carácter petitorio, análo-

(*) [Art. 1.902 del Código civil español.]

(**) [Muy distinto es el régimen de las acciones posesorias en Derecho español, pues ni están excluídos de ellas los bienes muebles ni los poseedores que no lo sean a título de dueño. La mera tenencia de una cosa basta para poder ejercitar los interdictos, conforme al art. 1.651 de la L. de E. c.]

(1) Véase Casación, 28 de marzo de 1888 (*Sirey*, 88, 1, 265).

ga a la reivindicación. Pero el antiguo poseedor, que suponemos que no ha tenido más que una posesión precaria, carece del derecho a llamarse dueño y del de reivindicar, por tanto. Sin embargo, puede ocurrir que este poseedor actual no haya estado en las condiciones legales requeridas para invocar la presunción de propiedad del § 1.006 y no hubiera podido rechazar la acción reivindicatoria, cuando la intentara el que ha sido dueño. Si, por ejemplo, se tratase de una cosa robada a un depositario y adquirida por un tercero de buena fe, en la reivindicación triunfaría el verdadero propietario, el depositante; pero ¿quedará inerme el depositario? Carece de acción posesoria, porque hemos supuesto que el tercero ha ignorado el robo y su posesión no es viciosa; carece del derecho a reivindicar a título de dueño, porque no puede llamarse propietario. ¿Estará, por consiguiente, a merced del depositante? Si está ausente éste o descuida ejercitar la acción que le corresponde, ¿habrá de dejarse la cosa en poder del que la ha adquirido, aun cuando esta adquisición no deba conducir nunca a la propiedad, ni siquiera por razón de haber adquirido de buena fe?

Así han procedido ciertos Tribunales franceses en este caso, por carecer de otro medio de otorgar al depositario el derecho a reivindicar en nombre del depositante, como, por ejemplo, sucede con el establecimiento de crédito depositario de títulos al portador (1); pero este procedimiento es muy discutible.

El Derecho alemán ha ideado para esto un nuevo medio de defensa posesoria, una acción real verdadera fundada en la posesión, semejante en ciertos aspectos a la acción publiciana del Derecho romano, y más todavía a la que en el Derecho de fines de la Edad Media llamábase *summarissimum*.

Esta es la acción de que se ocupa el § 1.007 del Código

(1) Véase la nota anterior.

civil alemán, y a la que consagramos el tercero de los estudios comprendidos en la presente obra. Se trata, como veremos, de una verdadera acción reivindicatoria de posesión fundada únicamente en ésta.

75. *Conclusión.*—Pero no cabe duda de que en Derecho alemán la acción reivindicatoria de dominio sólo se da cuando es alegado el derecho de propiedad, y si, como sucede ordinariamente, esta alegación se demuestra, no por prueba directa, sino mediante una presunción, es necesario que ésta se desprenda de una posesión a título de dueño, o, por lo menos, contra la que no pueda suscitarse ninguna objeción deducida del reconocimiento del derecho de otro o de la precariedad.

En estas condiciones y en estos límites, la presunción de propiedad deducida de la posesión está al servicio del demandante que reivindica y para defender al demandado y auxiliarle a rechazar la acción petitoria intentada contra él. Es un arma de dos filos, como lo es el principio del artículo 2.279, alegable por el antiguo poseedor reivindicante como por el actual contra quien se dirige esta acción reivindicatoria; aun cuando, tanto en el Derecho francés como en el alemán, vencerá siempre en estos casos la posesión actual a la antigua y será la que sirva de fundamento a la prueba de la propiedad actual, mientras que la antigua posesión no probará más que una propiedad pasada.

Tal es el mecanismo de esta presunción entre los dos contendientes cuando no se trata de poseedores sucesivos, que tengan la cosa uno de otro, tercer caso que nos queda por estudiar.

* * *

76. *De la presunción de propiedad en el caso de que exista una relación de posesión mediata. Plan.*—Hay una última disposición del § 1.006 que viene como a completar y aclarar toda esta teoría de las presunciones de propiedad en materia mobiliaria: me refiero al precepto que

declara inadmisible tal presunción en favor de un poseedor inmediato y directo en caso de existir un poseedor mediato. Sabemos ya a qué suele equivaler esta relación en Derecho alemán: es algo análogo a la relación que el Derecho francés establece entre el poseedor *animo domini* y el detentador precario que posee por él; de modo que se tratará casi siempre de posesión precaria. Cuando existe un poseedor en nombre ajeno esto supone la existencia de otro poseedor que está por encima, es decir, un poseedor *per se*, un poseedor *indirecto* o *mediato*, que actúa por intermedio de aquél. Pues bien; en estos casos, la presunción de propiedad no se otorga sino en favor del poseedor mediato; el poseedor por otro no puede invocarla. Esta regla no debe limitar su aplicación a las relaciones entre ambos poseedores y al supuesto de que el poseedor inmediato o directo quiera esgrimir la presunción contra la propia persona de quien recibió los bienes y por la cual posee (caso de "poseedores sucesivos"); no; la regla ha de entenderse en cierto modo *in rem*, de un modo absoluto: cuando un poseedor directo es poseedor por otro y tiene que acatar a un poseedor mediato, no puede el detentador actual invocar *con respecto a nadie* la presunción de propiedad; y ello, lo mismo si actúa como reivindicante, para recobrar una posesión perdida, que si lo hace como demandado y para contestar a una acción entablada contra su posesión presente.

Desde luego, la relación entre posesiones sucesivas es la que ha de ocupar preferentemente nuestra atención; pero no constituye sino un aspecto de la cuestión más general, a saber: de la posesión por otro, considerada como elemento que impide toda presunción de propiedad. Por tanto, vamos a insistir en esta última regla, abarcándola en toda la amplitud de su aplicación.

77. *La presunción de propiedad y el poseedor en nombre ajeno demandado de reivindicación.*—Al decir que el poseedor en nombre ajeno no puede invocar la presun-

ción de propiedad para presentarse como dueño y ejercitar la acción reivindicatoria de dominio, no hacemos sino confirmar las soluciones que ya hemos expuesto anteriormente, y de las cuales resultaba que la reivindicación de propiedad ha de negarse al mero poseedor precario. Pero cuando la cuestión se plantea en sentido contrario, o sea cuando dicho poseedor no aparece como actor, sino como demandado en el proceso reivindicatorio, el precepto que estudiamos parece, o puede parecer al menos, un nuevo requisito exigible para la aplicación de la presunción contenida en el § 1.006, requisito que viene a hacer más estrecha la semejanza con la presunción formulada a su vez por el art. 2.279, pues se sabe que la presunción contenida en éste no se aplica sino cuando se trata de posesión en concepto de dueño. La del § 1.006 dijérase, fijando la atención solamente en su apartado 1.°, que no parece exigir una posesión *animo domini:* se habla simplemente de "posesión actual", pero no se añade ningún otro calificativo. Sin embargo, el apartado último del texto legal viene a corregir esta impresión y a impedir que se dé en favor de un poseedor inmediato presunción semejante cuando él no tenga más carácter que el de un mero poseedor por otro. Entonces, el único poseedor actual que puede invocar la presunción de propiedad es el poseedor mediato. ¿No equivale esto a decir que la posesión en concepto de dueño se convierte en requisito para aplicar la presunción de propiedad (salvo siempre lo relativo a la prueba)?

Quien alega su posesión no necesita probar que sea a título de propietario; su contrincante es quien ha de probar que dicha posesión no tiene o que no tiene *ya* este carácter jurídico. Así se desprende en Derecho francés del art. 2.230, y así se desprendería en Derecho alemán del primer apartado del § 1.006, que ninguna prueba previa exige del carácter de la posesión alegada, aun cuando el tercer apartado del texto legal dé a la persona a quien se opone la presunción el derecho a probar que la pose-

sión invocada es sólo una posesión precaria que implica la existencia de un poseedor mediato. En efecto, en este caso, sólo el último tiene derecho a la presunción, sin que el poseedor por otro, o reputado tal, pueda invocarla. Una cosa equivalente al Derecho francés. Bien entendido que el propio mecanismo habría que aplicar cualquiera que fuese el aspecto en que se tomase la presunción y el punto de vista desde el cual se alegase por el demandante o por el demandado de reivindicación.

La distinción anterior entre estos dos casos de aplicación tenía por objeto únicamente llamar la atención acerca de los diferentes aspectos del problema, sin pretender en este particular establecer diferencias de reglamentación en cuanto al fondo. Pero en el estudio que vamos a hacer examinaremos únicamente el caso más frecuente, aquel en que el poseedor actual demandado de reivindicación opone y alega su posesión, para deducir de ella una presunción de propiedad. Si fuera un poseedor por otro, habría contradicción en que pretendiera ser propietario: confesaría no poseer a título de dueño y sin embargo tendría la pretensión de propiedad, fundado en su posesión, cosa incompatible; como es natural, la solución era fácil, lo mismo en Derecho alemán que en Derecho francés; por tanto, no siendo dudoso el resultado definitivo, el único punto por examinar viene a ser investigar si el mecanismo, algo distinto, empleado por el Derecho alemán y que le ha llevado al resultado concreto reconocido en Derecho francés al amparo del art. 2.279, en materia de posesión *animo domini*, debiera conducir exactamente en sus detalles a iguales consecuencias en su aplicación; o bien, si hay interés práctico en elegir entre ambos procedimientos legislativos.

78. *La falta de título y el apartado 3.° del § 1.006 como soluciones concordantes.*—Aun cuando primeramente pudiera creerse inútil esta disposición, y que ningún interés hay en arrebatar al poseedor por otro el derecho a

invocar la presunción de propiedad, supuesto que esta última equivale principalmente a una presunción de título y que, por consiguiente, el que la sufre hubiera podido probar siempre la falta de título, téngase en cuenta que probar la falta de título frecuentemente equivale a probar la relación de precariedad o viceversa. Como para impedir al poseedor invocar la presunción del § 1.006 es necesario haber probado la posesión por otro, parece que al mismo tiempo debe haberse probado la falta de título y que bastaría atenerse a la posibilidad de esta última prueba. No hay más remedio que exigir, a tenor del artículo 2.279, que la posesión sea a título de dueño, puesto que la parte contraria carece de derecho para excepcionar la inexistencia del título: lo uno es correlativo de lo otro. Pero en el sistema alemán, en donde la presunción permite prueba en contrario, y en que ésta consiste precisamente en demostrar la falta de título, ¿por qué, además, erigir en principio legal la exclusión *a priori* de la presunción en cuantos casos el poseedor inmediato y directo reconociera el derecho de otro, de un poseedor mediato? ¿No hay en esto una repetición inútil en las dos disposiciones, con tanto mayor motivo cuanto que, como hemos visto, la prueba de la posesión mediata está a cargo de aquel a quien se opone la presunción de propiedad, de la misma manera que en lo que afecta a la prueba de la falta de título? El reivindicante dirige la acción contra el poseedor actual, que suponemos es un depositario; éste invoca su posesión por querer inducir de ella la prueba de su propiedad; si no existiera el apartado 3.° del § 1.006, el demandante debería probar que este poseedor, que pretende serlo a título de dueño, carece de título traslativo, a tenor del § 932, que poder invocar en su beneficio, porque la tradición que se le hizo fué una entrega en concepto de depósito y no a título de propiedad: ¿no sería completamente igual el resultado? En armonía con dicho apartado 3.° del § 1.006, en vez de probar el demandante la

falta de título, probará que este pretendido poseedor a título de dueño reconoce el derecho de un propietario mediato, a quien únicamente corresponde la presunción de propiedad invocada, y que, por consiguiente, subsiste intacta la prueba de la propiedad del demandante, sin contradecir derecho alguno susceptible de oponérsele por el demandado. Nótese, además, que la reivindicación se entabla en forma cuando, en vez de dirigirla contra el poseedor mediato, que por pretender la propiedad es el único que está en condiciones de oponerse directamente a las pretensiones del demandante, se dirige contra el poseedor por otro, único opositor normal que el Derecho alemán reconoce ante todo en la reivindicación (§ 985 del Código civil); siendo, por el contrario, motivo de controversia si puede dirigirse contra el poseedor mediato, en qué sentido y en qué proporción (1). Por consiguiente, el poseedor así atacado, cuando no es más que un poseedor por otro, debe hacer que intervenga su causante o intervenir éste por su cuenta. Afirmado esto, no cabe duda de que si el demandante prueba su derecho de propiedad, y el demandado no excepciona, como puede hacerlo, alegando la presunción de propiedad que en favor del poseedor mediato cabe que exista, y éste no interviene en los autos para defender sus derechos, sucumbirá el poseedor actual, por falta de título o falta de posesión *animo domini*. Hay en esto dos medios paralelos que pueden suplirse recíprocamente y que cualquiera que sea el que se escoja deben conducir a un mismo resultado.

79. *Posibilidad de que subsista la presunción, aun cuando la posesión del actual demandado naciera como precaria.*—Reconozcamos, sin embargo, que entre ambos procedimientos hay una diferencia, y que, por consiguiente, no es una repetición inútil excluir la presunción de pro-

(1) PLANCK, *loc. cit.*, acerca del § 985 (t. III, págs. 249 y ss.). Véase GIERKE, *Fahrnisbesitz*, págs. 53 y ss.

piedad cuando hay ya derecho de probar contra el actual poseedor (precario) la falta de título. El fondo de la distinción, como vamos a ver, está constituído por los principios relativos a la prueba, cuyas cuestiones son, según es sabido, las más importantes en el orden práctico (1).

En efecto: ¿qué hubiera ocurrido si no hubiera más recurso que la prueba de la falta de título? Según el primer apartado del texto legal, no teniendo que hacer el demandado prueba del carácter de su posesión *animo domini*, se hubiera contentado con alegar que es poseedor, como ocurre en Derecho francés, según el art. 2.279. Bien entendido que no se hubiera limitado a alegar una posesión cualquiera, sino que hubiera pretendido poseer a título de dueño; porque lo contrario hubiera sido confesar que carecía de título traslativo, y, por consiguiente, que no podía aspirar al derecho de propiedad, pues por mucho que en este caso hubiera intentado aferrarse a la presunción que le brinda el § 1.006, la hubiera contradicho él mismo, confesando que no había podido convertirse en dueño y que no era propietario; aunque no cabe duda de que, invocando su posesión, pretende poseer en concepto de dueño, y quiere serlo; y, no pudiendo hacer prueba directa alguna en este respecto, se hubiera satisfecho con una presunción derivada de su posesión. Por otra parte, si el demandante ha continuado siendo propietario, como lo pretende, no cabe duda de que el demandado no ha

(1) Estando formándose aún la doctrina y jurisprudencia alemanas sobre el nuevo Código civil, para cuanto digo a continuación y en las soluciones que deduzco, me han guiado los principios generales de lógica jurídica, porque no he podido apoyarme siempre en autoridades que me sirvan de garantía. Por ello algunas de esas opiniones, que acaso sean un poco personales, las expongo sólo con mucha prudencia, sin responder de que en todos los puntos deba sancionar estos procedimientos y deducir los mismos resultados la jurisprudencia alemana cuando las cuestiones sean suscitadas realmente en la práctica. En materia de interpretación judicial, si se quieren prever casos y anticipar soluciones, es necesaria muchísima circunspección y no puede hacer nadie afirmaciones categóricas y terminantes.

podido adquirir el bien mueble por otro concepto que el de la adquisición de buena fe del § 932; de modo que lo que va a discutirse son las condiciones de la adquisición de buena fe, no de mala, a lo menos en este caso; porque el demandado ha creído de buena fe que de quien tuvo la cosa era propietario. Nos queda, por consiguiente, la condición relativa al justo título.

El demandante debió probar que, no obstante sus pretensiones a la propiedad, el poseedor carecía de justo título. Ahora bien: no está muy claro que el mero hecho de probar una tradición anterior (por razón de depósito, por ejemplo) hubiera bastado, conforme al primer apartado del texto, para excluir la presunción de propiedad si el § 1.006 no hubiese tenido la precaución de excluir del beneficio de la presunción que establece a la posesión por otro, cuando hay poseedor mediato.

El § 1.006 no requiere que haya posesión a título de dueño para reconocer la presunción de propiedad; de suerte que una simple pretensión a ésta es bastante como prueba aparente del *animus domini;* y entonces, si subsiste la presunción, el que haya prueba de un depósito anterior nada importa, porque pudo el depositante con posterioridad transformar el depósito en una adquisición de propiedad; y para ello hubiera bastado que mediara entre las partes un simple contrato, y nada prueba que no haya existido. Incluso, y ésta es la principal cuestión que tenemos que plantear, si la presunción subsiste sólo por el hecho de la posesión, invocada por el interesado como posesión *animo domini,* esta presunción tiene por objeto precisamente establecer que aquél hubo de mediar. No cabe duda, como veremos más adelante, de que se debe reconocer que, aun cuando no exista en el nuevo Código civil alemán texto alguno cuyos términos se asemejen al principio contenido en el art. 2.231 del Código civil francés (*), puede aún

(*) [Cf. art. 436 del Código civil español.]

ser invocado en Derecho alemán. Hay que sostener, conforme a los principios tradicionales, que nadie puede por sí mismo alterar el concepto de su posesión, como veremos más adelante (1). Pero aun reconociendo que suceda así en Derecho alemán, con ello no derogaremos este principio fundamental, por cuanto en el caso en cuestión no se trata de que el precarista, mediante un acto propio, haya podido cambiar de título, sino que, por el contrario, hemos supuesto que este cambio de título es operado por su causante y que, si la presunción subsiste, su objeto precisamente es que se presuma un contrato posterior, celebrado por el depositante para dotar de justo título al poseedor que carecía de él.

Para destruir la presunción subsistente y en pie, hubiera debido probar el actor que el depositante no había convertido el depósito en compra o donación manual: la prueba será fácil de hacer si el depositante es conocido y no hay entre él y el poseedor acuerdo secreto fraudulento, y se reducirá al caso, que más adelante trataremos, de un conflicto entre causante y causahabiente, por lo menos si hay intervención directa del depositante y si la prueba que deba practicar el reivindicante ha de depender de la cuestión prejudicial entre partes. A falta de intervención directa, las negativas del depositante robustecerán considerablemente la prueba que ha de practicar el reivindicante para acreditar la inexistencia del título alegado. Pero en el caso de que el depositante antiguo (o, en general, el poseedor mediato antiguo) sea desconocido o esté ausente, lo mismo que si no se presenta o se inhibe, o rehusa intervenir, el demandante se encontrará con una presunción casi indestructible. Quizá pudiera sostenerse, no sin fundamento, que si la presunción resultante de la posesión tiene por objeto precisamente evitar la prueba de un título de propiedad reputada imposible, así

(1) Véanse *infra* núms. 90 y ss., págs. 279 y ss.

debiera ocurrir incluso cuando este poseedor haya comenzado a poseer por otro, desde el momento que para lo sucesivo pretende poseer como propietario, y nada se prueba en contra de ello, es decir, no se demuestra la inexactitud de su alegación; y cabe afirmar que cuando se trata de inmuebles es excelente el principio contenido en el art. 2.231 del Código civil francés, pero cuando fué redactado éste no se pensó para nada en las exigencias del crédito mobiliario. Lo que en este particular ha influído y ha inspirado el principio del art. 2.279 son las necesidades de la vida práctica; esto es, que en el caso de imposibilidad de probar la existencia de título hay obligación legal de atenerse a la afirmación del que posee. Pero el título puede haber existido, o, mejor dicho, haberse transformado aun durante una posesión precaria, y será tan difícil que lo pueda probar quien comenzó a poseer por otro como lo habría de ser, a su vez, para quien desde el comienzo poseía con carácter de posesión *animo domini;* en este caso, cabría añadir, bien puede aplicarse el art. 2.231 a las relaciones entre poseedores sucesivos, y si el depositante niega la inversión del título inicial, en el conflicto con el depositario, debe creérsele; pero no sucede lo mismo si el conflicto surge entre el depositario y un tercero que pretende ser dueño; salvo prueba en contrario, debe creerse al depositario cuando alega que, con posterioridad, adquirió la cosa del depositante, porque no hay contradicción por parte del directamente interesado, único que tiene derecho para impugnar la afirmación del poseedor. Vemos, pues, que puede subsistir la presunción de propiedad, a pesar de una adquisición inicial en precario, con tal que el poseedor invocara serlo como propietario; su contrincante era el que debía probar que este precarista continuaba siéndolo y que su causante no cambió el título.

Este parece ser el mecanismo de la presunción de propiedad al aplicarse a un poseedor cuya causa inicial

haya sido la adquisición en precario, y con ello vemos que no deja de tener el sistema sus razones para existir.

80. *Explicación del apartado 3.° del § 1.006.*—Por el contrario, parece que se escribió el apartado 3.° del § 1.006 para excluirlo, en parte al menos; porque equivale a declarar que siempre que la posesión actual y directa reconozca una posesión mediata, sólo habrá presunción de propiedad en favor de la posesión mediata; de modo que si el demandante, que reivindica, contesta a la presunción que de contrario se alega (la posesión actual del demandado), probando que esta última procede de una de aquellas relaciones jurídicas de que se ocupa el § 868 y que motivan que el que posee sólo disfrute una posesión por tiempo limitado, al expirar el cual está obligado a restituir a aquel de quien la cosa procede, con ello deja demostrado que dicha posesión, en sí misma, por razón de su índole y caracteres jurídicos, era insuficiente para engendrar la presunción alegada. No se trata de impugnar una presunción normal y legítimamente adquirida probando la inexistencia de un título (cuya realidad se dedujera de la presunción); entonces sería preciso probar la falta actual del título, no sólo en el pasado, puesto que si no se la excluye mediante prueba contraria subsiste la presunción legal hasta este momento, sino que la situación es completamente distinta. No hay que hacer prueba en contra de una presunción legal existente; hay, únicamente, que demostrar de modo previo que esta presunción no puede existir, por faltar uno de los requisitos exigidos para ello por la ley, requisitos que dependen, en el caso presente, del carácter de la posesión, que la ley exige sea ante todo autonómica, independiente, que no se reconozca deudora de nadie ni se ofrezca como una concesión temporal que debe ser restituída en determinada época, si ha de haber presunción de propiedad. Si, por consiguiente, se prueba que la posesión comenzó con el carácter de depen-

dencia que señala el § 868 del Código civil alemán, lo que resulta no es la prueba, ya hecha, de que en este momento la presunción se halla contradicha por la manifestación de un estado de hecho opuesto a lo que ella supone; es la imposibilidad previa de la existencia de la presunción misma; lo que desaparece es su base legal, y, por consiguiente, no puede existir.

Esto dicho, y suponiendo que la posesión haya comenzado en condiciones jurídicas que la incapaciten para, como consecuencia legal, producir la presunción de propiedad que excepcionalmente le atribuye la ley, ¿bastará una simple afirmación del tenedor para que esta posesión cambie? La mera alegación hecha por el poseedor de que el obstáculo ha cesado, ¿será suficiente para que tengamos una posesión susceptible de producir presunción de propiedad frente al demandante que reivindica? ¿No se necesitará más para conferir a su posesión un carácter jurídico contradicho por un acto extraño a él e independiente de su voluntad, al menos en cuanto voluntad puramente unilateral? El reivindicante prueba, por ejemplo, que en un determinado momento, y no obstante su posesión, no corresponde al poseedor de hecho la presunción de propiedad, que es exclusivo patrimonio de un poseedor mediato; pues bien, probado esto, corresponde a su contrario demostrar, a su vez, que no hay ya poseedor mediato alguno.

Ahora, la cuestión queda planteada directamente acerca del hecho de la inversión del título, es decir, en punto a averiguar cómo la posesión mediata puede perderse en sus relaciones con el poseedor directo por actos de este último, cuando no se priva de la inmediata a quien de ella gozaba. No se trata ya aquí, como en el caso anterior, de una presunción subsistente que, por el solo hecho de subsistir, hacía suponer la existencia de inversión del título, causada por el poseedor mediato, con lo que desaparecía el problema de averiguar cómo hubo de realizar-

se esta inversión, pues legalmente se presumía hecha, y, por tanto, frente a la presunción dicha bastaba probar únicamente la falta de título; de modo que planteada de esta suerte la cuestión de prueba respecto al reivindicante, sin intervención directa del poseedor mediato antiguo, no ofrecía duda que en todos los casos, sin distinción, corría la prueba a cargo del demandante que reivindicaba. Conforme al concepto nuevo que examinamos, no pudo nacer esta presunción legalmente mientras no se demuestre que desapareció la posesión mediata; por consiguiente, quien invoca la presunción debe probar la pérdida de la posesión mediata, y la cuestión entonces queda reducida a averiguar cómo en las relaciones entre los dos poseedores se pierde la posesión mediata. Implícitamente deja entrever el § 868 que se pierde cuando se pierde la posesión directa, por cuanto para que haya posesión mediata supone que posee otro en concepto de usufructuario, de depositario, inquilino o por otro título análogo. Pero cuando todavía está él poseyendo, mientras no le ha sido arrebatada la posesión material por un tercero, ¿puede el poseedor directo comenzar a poseer por sí mismo, frente al poseedor mediato, y hacer que pierda éste la posesión que le correspondía tan sólo como consecuencia de una posesión de hecho ejercida por medio de un representante?

81. *La mutación o interversión de título en Derecho alemán.*—Ya he dicho que el Código civil alemán no admitió formalmente, al menos en su redacción definitiva, precepto alguno análogo a los arts. 2.231 y 2.240 de nuestro Código. No ocurría lo mismo con el primer Proyecto (1) de aquél, pues si bien es cierto que no formulaba reglas tan generales como las contenidas en el Código civil francés no lo es menos que indicaba el procedimiento para

---

(1) *Erster Entwurf*, § 813. Cf. sobre todos estos extremos CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. III, § 347, n. 63 y siguiente, y § 349, n. 45 y s.

arrebatar el poseedor directo la posesión mediata a la persona por cuenta de la cual poseía. En todo caso, si el referido primer Proyecto no enumeraba todos los procedimientos posibles de mutación de título, porque los había que no ofrecían duda alguna (por ejemplo, el que hubiera consistido en oponerse material y directamente el poseedor de hecho al ejercicio de los derechos del poseedor mediato, situándose, por tanto, en la posición de dueño efectivo frente a éste), al menos se pronunciaba desde luego con respecto a la única hipótesis dudosa: la resultante de la mera declaración de voluntad. Y el § 813 admitía este procedimiento como medio legal de transformación de título, con tal que la declaración de poseer como dueño no fuese una simple manifestación *in rem*, un simple querer, emitido impersonalmente, sino que se participara de manera directa y personal al sujeto a quien afectaba, es decir, al poseedor mediato. Ahora bien; si se hubiera tratado de declaración tácita, semejante fórmula no hubiera podido referirse más que a una actitud de hecho, que, sin llegar aún a ser verdadero conflicto de derecho y lucha ya entablada, hubiese sido la negación exterior y formal de los derechos del poseedor mediato. El mencionado texto hubo de suprimirse luego como inútil, por estimar superflua su enunciación. Por eso, y a pesar de esta explicación sacada de los trabajos preparatorios (1), han podido algunos preguntarse (y todavía se repite la pregunta) si el simple hecho de una declaración, sin más que dirigirla al interesado (ya sabemos cómo se ha de entender este concepto), bastaría para suprimir la posesión mediata; todo ello aparte de que, en el terreno de los principios generales, la declaración de voluntad, aunque haya de dirigirse personalmente a aquel a quien afecte, puede, sin embargo, ser tácita y no tiene necesidad de traducirse en una forma de

(1) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung*, t. III, páginas 227 y 228.

manifestación expresa. No hay incompatibilidad forzosa entre "declaración dirigida a alguno" y "declaración tácita" (1). Dicho esto, la cuestión especial que nos ocupa, a saber, si la transformación del título puede resultar de una simple declaración de voluntad hecha en las condiciones indicadas, queda sujeta a discusión; pero la gran mayoría de los autores se atienen a la opinión expuesta durante los trabajos preparatorios: la declaración formulada personalmente ante el poseedor mediato equivale a aquella "contradicción opuesta a los derechos del dueño", de que habla el art. 2.238 del Código civil francés (*). Más aún: cabría sostener que sucedería lo mismo en caso de un acto de disposición con respecto a la cosa, siempre que implicara pretensión de propiedad y no fuese clandestino, sino que pudiera valer como declaración tácita, entendida en el sentido antes enunciado (2). Hay, de todos modos, un matiz diferencial de importancia entre la legislación alemana y la francesa. La oposición a los derechos del propietario supone en el Derecho francés una pugna efectiva (3), pues

(1) SALEILLES, *Déclaration de volonté*, núms. 59 y s., págs. 159 y ss.

(*) [En el Código español no hay ningún artículo que hable, como el 2.238 del francés, de la *interversión* del título. Pero, como dice DE BUEN, por la presunción de continuidad de la posesión, que sienta nuestro Código en su art. 436, se llega casi a los mismos resultados que con la doctrina del Código francés, siendo de advertir sólo la diferencia de que en la legislación española no está prohibido de un modo expreso que el poseedor, por sí mismo, mude la causa de la posesión, y, por tanto, si el poseedor demuestra que ha dejado de poseer a título de arrendatario, comodatario, etc., para hacerlo a título de dueño, aun cuando no haya mediado un acto de oposición al propietario ni una causa procedente de tercero, parece que en nuestra legislación podrá considerarse que su posesión se ha purgado del vicio de la precariedad (*Adiciones* cits., t. II, volumen II, pág. 985).

Más fiel a la doctrina francesa, el Código argentino reproduce el principio de que nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión (art. 2.353), y exige condiciones rigurosas para que se opere la interversión del título (artículo 2.458). También son explícitos sobre el particular los arts. 2.033 y 2.035 del Código de Venezuela.]

(2) Cf. *Protokolle*, t. III, pág. 228.

(3) BUFNOIR, *Propriété et Contrat*, pág. 227.

implica el impedir realmente al propietario el ejercicio de sus facultades. La declaración que se le dirige no indica que el conflicto esté ya efectivamente planteado: es la declaración de guerra; se le anuncia la oposición que se le hará cuando intente actuar sus derechos; pero esta amenaza es suficiente por sí misma, siempre que la actitud de quien la formule esté en consonancia con su declaración: es menester que se coloque en actitud de dueño y que obre como si no tuviera ya que acatar los derechos del poseedor mediato. A éste incumbirá, por consiguiente, si tales derechos se le desconocen con efecto, entablar una acción judicial para obligar a su adversario a reconocerlos, de suerte que el fallo que recaiga a su favor sobre este extremo haga inútil para lo futuro cualquiera declaración de voluntad que lo contradiga. Hasta entonces la simple declaración equivale a mutación de título si el interesado se contenta con protestar, pero sin actuar efectivamente (1).

Frente a esto se ha objetado que la ley parecía admitir la subsistencia de la posesión mediata, continuada y mantenida, mientras se poseyera en virtud de un título que constituyese al poseedor directo en deudor para con el otro, es decir, obligado a restituir la posesión. Y el hecho de declarar que se reniega del título no basta para anularlo: un contrato de préstamo, de arrendamiento o de depósito no cesa por el hecho de una simple declaración unilateral de voluntad. Pero esta objeción tropieza precisamente con los términos mismos en que se expresa el § 868, pues éste no dice "mientras se posee *en virtud* de un usufructo, hay posesión mediata", lo cual implicaría la permanencia objetiva de la misma relación jurídica y del título en que se funda; lo que dice es que "mientras se posee *como* usufructuario, hay posesión mediata", lo cual

---

(1) Cf. PLANCK, acerca del § 868 (t. III, págs. 57 y 58). Véase también *infra* núms. 94 y ss., págs. 285 y ss.

implica una actitud subjetiva por parte del poseedor directo, independientemente de si su título jurídico subsiste o no en sí mismo. Verdad es que se añade algo al texto al exigir que esa actitud subjetiva no haya de existir *in rem*, sino *in personam*, y que, por consiguiente, para su cesación no baste con una manifestación de voluntad objetiva. Es necesario un acto que por sí mismo cumpla el fin de notificar al interesado que en lo sucesivo no se seguirán reconociendo sus derechos a la posesión (1). De manera que, sea cualquiera la opinión que se admita, por lo menos y en todo caso se exige un acto de voluntad dirigido al poseedor mediato y no a un tercero (2).

Resulta que, en definitiva, si el poseedor actual no desvirtúa el carácter precario de su posesión, alegado por el adversario, sino invocando a su vez sus pretensiones a la propiedad, ello no bastaría ciertamente en principio para que se estimara formulada una declaración de voluntad, destinada al poseedor mediato y suficiente por sí para hacer perder dicha posesión mediata (3). Acaso hubiera sido bastante todo ello, según hemos visto, para mantener la presunción que de la posesión se deriva si dicha presunción hubiese sido independiente del carácter autónomo de la posesión; de suerte que, no obstante un título inicialmente precario, hubiera permitido hacer presumir la existencia ulterior de un título de propiedad que reemplazara al otro. Pero por esta vez no es posible aceptar semejante

---

(1) Naturalmente que cuando hablo de que "se añade algo al texto" no quiero referirme sino a la manera de interpretarlo, porque el mero hecho de declarar verbalmente que no se quiere seguir poseyendo como usufructuario no bastaría ciertamente para cesar de poseer con dicho carácter, si el titular continuaba actuando como tal usufructuario. Para que se cese de poseer en dicho concepto, es indispensable—según el § 868—adoptar una actitud que equivalga a una declaración de voluntad hecha al nudo propietario, o, lo que es igual, que tenga por finalidad hacer saber a éste cómo se niegan sus derechos.

(2) V. sobre todos estos extremos PLANCK, *loc. cit.*, III, respecto al § 868, pág. 57.

(3) Cf. CROME, *loc. cit.*, § 347, nts. 67 y 68.

concepción. Una manifestación de voluntad dirigida al reivindicante y emitida por vía de contestación contra las alegaciones y prueba de la precariedad hechas por él, no puede estimarse suficiente para suprimir la posesión mediata; y como quiera que a ésta se la supone subsistente, no puede nacer la presunción de propiedad a favor del simple poseedor de hecho. Si el reivindicante ha probado la existencia de un poseedor mediato, su contrincante ha de probar, a su vez, que ya no existe tal poseedor mediato; y no bastará con que diga: "Yo no quiero que lo siga habiendo." De otra parte, sería indispensable que esta declaración de voluntad se dirigiera, no a un tercero —y el reivindicante no desempeña en la materia otro papel—, sino al mismo poseedor mediato, en forma personal y directa, y que la actitud así adoptada se presentara como una oposición formal a los derechos del poseedor mediato referido. Tal sería el caso, por ejemplo, si el poseedor actual intentara oponerse a que éste se personara en el pleito como contradictor legítimo del reivindicante, y alegara que él, el actual poseedor, era el único llamado a intervenir y a defender su propiedad, ya que el dominio del antiguo poseedor mediato se había extinguido.

82. *El problema en cuanto a los aspectos prácticos.*— Por lo dicho puede verse que en cuanto a las consecuencias prácticas, cuya exposición nos hemos propuesto, esta teoría resulta notoriamente más restrictiva que la anteriormente tratada, al menos si se atiende a la posición del poseedor de hecho, demandado en el pleito de reivindicación.

Y, sin embargo, conduce de primera intención a resultados iguales si el poseedor mediato reivindica sus derechos, lo cual constituirá, por lo demás, la hipótesis corriente, pues se supone que el reivindicante estará suficientemente enterado del origen de la posesión que impugna para poder probar a virtud de qué títulos y cómo se adquirió ésta. Y como ello implica el conocimiento del poseedor

mediato, es claro que acudirá a él, y que éste reivindicará sus derechos, porque en otro caso no hay cuestión. Si él confesara haber perdido la posesión mediata, el problema quedaría resuelto sin necesidad de más nada: existiría una presunción de propiedad en favor del poseedor de hecho, y tocaría al adversario probar la falta de título. Pero, de otra parte, aun cuando el poseedor mediato impugne el desconocimiento que de sus derechos se hace y la negación formal que de ellos se realiza; aun cuando declare no haber intervertido el título de su representante posesorio, que jurídicamente seguiría siendo un título de precario, sin serlo de propiedad; aun sucediendo todo esto, como quiera que en cuanto el poseedor mediato interviene, la declaración de autonomía posesoria se formula contra él, y no ya con relación a un tercero; desde el momento en que se suscita el conflicto entre ambos poseedores, esto basta para eliminar la posesión mediata, puesto que ya hay verdadera pugna en el terreno de los hechos y no mera alegación verbal. Desde entonces la presunción de propiedad, que hasta aquel momento no pudo producirse, nace *ipso facto* en favor del poseedor de hecho, y la situación vendrá a ser, sobre poco más o menos, la misma que hemos examinado al estudiar la teoría precedente para aquellos casos en que el poseedor mediato entraba en escena y reclamaba sus derechos. La cuestión cambia ya de aspecto, por cuanto se plantea entre poseedor mediato y poseedor directo. No quiero decir con esto que ya no haya presunción de título: hay presunción de propiedad, puesto que—provisionalmente al menos—hay pérdida de la posesión mediata; pero al titular de ésta le bastará apoyarse en su título antiguo para exigir ante los Tribunales que su representante posesorio reconozca sus derechos; con ello será sobrado, como hemos de ver, para que éste se encuentre obligado a probar su título a su vez. Este es el punto que dejamos aplazado antes, cuando analizábamos el problema con relación al sistema precedente. Volvamos a aplazarlo por el mo-

mento (1). Lo que necesitábamos era demostrar que en este caso la cuestión se plantea aproximadamente de igual manera en ambos sistemas.

En el primero de ellos, la presunción de propiedad surgía en cuanto el poseedor de hecho hacía una alegación de propiedad, viéndose obligado el adversario a probar la carencia de título; pero si se presentaba el poseedor mediato y reivindicaba sus derechos, la prueba referida había de hacerse—al menos si dicho poseedor mediato comparecía judicialmente, y aunque se practicara con relación al reivindicante—, lo mismo que se habría de hacer con respecto al propio poseedor mediato, parte ya en el pleito, por lo demás.

En el segundo sistema no hubiera bastado, sin duda, una alegación pura y simple de propiedad para que naciese la presunción de título del § 1.006: se requería una declaración de posesión *animo domini* dirigida al poseedor mediato y esgrimida contra él. Pero una vez hecho esto, la cuestión de título, con la consiguiente dificultad de prueba, se presenta exactamente lo mismo que en el primer sistema. La prueba ha de practicarse como se haría entre causante y causahabiente. Este será el punto de que nos ocupemos para terminar.

83. *Consecuencias de la conducta de un poseedor mediato que se limita a protestar, pero no comparece en el pleito.*—Se ha visto cuán cierto era que ambos sistemas conducen a igual resultado, substancialmente, en cuanto aparecía el poseedor mediato, y, por tanto, había pérdida evidente de la posesión mediata y nacimiento de la presunción de propiedad en favor del poseedor de hecho, convertido así en poseedor *animo domini*.

Acaso la única diferencia se observaba en el caso de no personarse efectivamente en el pleito el poseedor mediato, contentándose con haber protestado contra los alegatos

(1) Cf. *infra*, núms. 90 y ss., págs. 279 y ss.

de su representante posesorio. En un sistema que hubiera mantenido la presunción de título con independencia de toda cuestión relativa a posesión por otro, aunque dejando al reivindicante el derecho de acreditar la carencia de título, el problema quedaría planteado únicamente entre el tercero reivindicante y el poseedor de hecho, detentador del objeto; y cabría sostener, como hemos podido apreciar, que la prueba de la falta de título, pese a las denegaciones del antiguo poseedor mediato, quedaba a cargo del reivindicante, siquiera éste pudiera tener en cuenta tales denegaciones para facilitar su prueba. Ya se verá cómo sucedería cosa muy distinta en el sistema que, cual ocurre con el § 1.006, subordina la existencia misma de la presunción de propiedad a la previa supresión de cualquiera posesión mediata. Sea lo que quiera de estos matices y reservas, lo cierto es que, en definitiva, al presentarse en escena el antiguo poseedor mediato, escasa divergencia de resultados podría hallarse entre los dos sistemas.

84. *Qué conocimiento ha de tener el poseedor mediato de la actitud hostil adoptada por el poseedor directo.*—Pero, en cambio, la segunda concepción se hace patentemente más severa cuando no hay intervención del poseedor mediato, por cuanto que no basta con una pretensión en cierto modo *in rem* a la propiedad, sino que hace falta una declaración de autonomía posesoria dirigida personalmente al poseedor mediato y contradictoria de los derechos que él se atribuye. Ahora bien; se ha sostenido en materia de declaraciones de voluntad que tratándose de declaración dirigida a sujeto determinado era indispensable que la conociera el destinatario para que pudiera producir efecto (1). Es indudable que toda esa teoría debe restringirse y no aplicarse sino a aquellas declaraciones que tienen por objeto la realización de un acto jurídico propia-

(1) Cf. SALEILLES, *Déclaration de volonté*, acerca del § 130 del Código civil alemán, núms. 70 y ss., págs. 166 y ss.

mente dicho, y no, como en el presente caso acontece, un simple hecho jurídico, que no puede ser calificado de "acto" en el sentido técnico de la palabra (1). Pero en último término, y dando esto por bueno, lo que habría de exigirse, sin llegar a pretender que el destinatario quedara efectivamente enterado (2), es que no se consideraran como declaraciones dirigidas al poseedor mediato (aun tratándose de declaraciones tácitas) sino las que se hubieran emitido para conocimiento de él y destinadas a notificarle una actitud de hecho contraria a sus pretensiones jurídicas. Habrá que suponer que las más de las veces, ya que no siempre, el poseedor mediato está al corriente del pleito y puede seguir su curso. Una pugna clandestina, una ignorada alegación de propiedad, cualquier hecho que no ponga al poseedor directo sino en contacto con el reivindicante, pero que no afecte al poseedor mediato ni implique una actitud hostil e independiente con respecto a él, dejaría intacta la posesión mediata y resultaría insuficiente para originar la presunción de propiedad del § 1.006.

85. *La abstención del poseedor mediato y la actitud de dueño por parte del poseedor directo.*—Ahora bien; hemos indicado que la teoría del § 1.006, apartado 3.°, es considerablemente más restringida que una teoría que se hubiera conformado con la alegación de propiedad para mantener la presunción de título y obligar al contrincante a probar la falta de éste; pero, en cambio, y simultáneamente, la teoría es más amplia en otros aspectos que la tesis francesa derivada de los arts. 2.231 y 2.240. El propietario que ha logrado probar el carácter precario con que se inició la actuación del poseedor de hecho queda con ello amparado contra cualesquiera alegaciones de su adversario que no sean sino meras manifestaciones de

(1) Cf. SALEILLES, *loc. cit.*, págs. 378-379.
(2) Cf. STROHAL, *Der Sachbesitz nach dem B. G. B.* en *Jherings Jahrbücher*, t. XXXVIII (año 1890), pág. 112, n. 103.

voluntad. La alegación de propiedad o de *animus domini* no quitaría a la posesión del demandado la nota de precariedad y resultaría insuficiente para atribuirle los beneficios del art. 2.279. Más todavía: lo mismo acontecería en el caso de una verdadera protesta de autonomía posesoria, aunque fuera destinada personal y directamente a la persona de quien obtuvo su posesión el poseedor de hecho; aun así y todo, ello sería ineficaz para colocar a éste a cubierto bajo la protección de dicho artículo. Incluso no protestando la persona por quien él poseyó, y aunque guarde silencio, sobre el poseedor actual seguirá pesando la sospecha de precariedad, con la consiguiente imposibilidad de que rechace la acción de un antiguo propietario que quiera reivindicar, pues sólo lograría el poseedor tal resultado si hubiera antes existido o existiera de presente un conflicto efectivo de derechos entre el poseedor de hecho y el sujeto de quien recibió la cosa: sería preciso que por parte del poseedor de hecho mediara una contradicción u oposición verdadera de los derechos del dueño.

Supongamos, sin embargo, un caso en que la persona llamada en el Derecho alemán "poseedor mediato" (depositante con relación al depositario, nudo propietario con respecto al titular de un usufructo) deja que se inicie el asunto entre el reivindicante y su representante posesorio, pero se abstiene él de intervenir porque indudablemente no tiene probabilidad alguna de que prospere su derecho de propiedad y prefiere no darse por enterado. El poseedor directo se coloca en situación de dueño y adopta la correspondiente actitud frente a la persona de quien obtuvo el objeto; esto viene a implicar por su parte una declaración de autonomía posesoria. Ya no hay por qué ocuparse del poseedor mediato, y con esto basta para que la presunción de propiedad se dé en beneficio del poseedor de hecho, demandado en el pleito reivindicatorio. Tal es el Derecho alemán.

86. *Referencia al art. 2.279.*—No acontecería lo mismo en Derecho francés, según acaba de verse. Y es forzoso reconocer, dado el carácter absoluto y perentorio que reviste la presunción legal contenida en el art. 2.279, que nada habría tan peligroso como admitir la existencia de una presunción de propiedad conforme a dicho texto por el simple hecho de una declaración posesoria, fuese cual fuera su forma. Porque el art. 2.279, y esto es lo que se le puede reprochar, no ha sabido distinguir lo que pertenece a la esfera de la prueba (es decir, de la presunción) y lo que corresponde a la esfera de la adquisición de buena fe. Precisamente por ello podrá ocurrir que si el poseedor lo es de buena fe y no ha mediado entre él y su autor connivencia alguna para frustrar los derechos del propietario reivindicante, la mera actitud adoptada por aquél con respecto a éste (a condición de no ser clandestina frente al sujeto de quien recibió la cosa) baste para hacerle adquirir sin más la propiedad y dejar al reivindicante privado de su derecho. Y lo que es más grave: el reivindicante quedaría decaído de su derecho sin que en realidad hubiera título alguno de adquisición en el origen de la posesión ganada por su adversario: habría bastado con una simple interversión de título puramente unilateral y declarada suficiente para hacer de la posesión una posesión *animo domini* en el sentido del artículo 2.279 tantas veces citado.

En cambio, el Derecho alemán podía ensanchar el principio de la interversión de título y facilitar su aplicación sin sentir temores de este género, pues en el § 1.006 no hay sino una simple presunción, que se refiere tan sólo a la cuestión de prueba y no toca al fondo del asunto. Lo que se presume entonces es la existencia de un justo título, ya emane éste de quien actuó como depositante en el depósito constituído, o bien de nudo propietario en la relación de usufructo, o de cualquiera otra persona que se hubiese presentado como el verdadero propietario de la

cosa y con quien hubiera tratado el actual poseedor. En todo caso, hay presunción de título, pero no hay más. Si la presunción no se combate mediante la prueba de la falta de título, ni se demuestra que el poseedor obró deliberadamente en fraude de los derechos del reivindicante, quedará establecido que el poseedor había adquirido de buena fe conforme al § 932. Pero es menester desde luego que se efectúen estas pruebas; y en cuanto a la presunción de título, cabe siempre desvirtuarla mediante prueba en contrario.

En la mayoría de los casos será fácil probar la mala fe, porque si el antiguo poseedor mediato se desentiende, es que se da cuenta de la inconsistencia de su derecho, y el poseedor de hecho no habrá adoptado esa nueva actitud más que para aprovechar en su favor la presunción del § 1.006 y burlar los derechos del propietario.

Pero aun suponiendo que así no sea, y que no haya nada sospechoso en su conducta, no por ello queda resuelta la cuestión. El poseedor actúa como propietario porque en realidad trató con el antiguo poseedor mediato y tiene, por tanto, un título de dominio. Ahora bien; como es usual, no se ha procurado prueba escrita de ese título. Si hubiera intervenido el poseedor mediato, habría confirmado las aseveraciones del poseedor de hecho, causahabiente suyo con respecto a la propiedad. Pero puede acontecer que el antiguo poseedor mediato no tenga ya relaciones de ningún género con el actual poseedor, o que no aparezca, o que sea imposible hallarlo o muy difícil—al menos—dar con su paradero. En estas condiciones, y toda vez que él no interviene en el pleito, la prueba de la cuestión del título no se plantea ya como si se tratara de la relación entre causante y causahabiente: se plantea entre el poseedor y el reivindicante como se plantearía respecto a un tercero cualquiera. El reivindicante ha de sufrir todos los efectos de la presunción de propiedad; pero puede acreditar la carencia de título, y en eso consiste que él tenga

todavía medios de defensa, sin que la situación resulte imposible de modificar. Lo único que hay es que él habrá de proporcionar esa prueba, y si no lo logra, subsistirá la presunción contra él y no podrá prosperar su acción.

87. *Comparación del Derecho alemán con el francés en punto a esta materia.*—Puede decirse, si comparamos esta situación con la del Derecho francés, que hay un desplazamiento de la prueba. En Derecho francés habría de referirse únicamente al hecho concreto de la modificación del título; sería preciso probar que existe positiva incompatibilidad con los derechos del propietario, no solamente a causa de la negligencia de éste, que cierra los ojos y se desentiende, sino a consecuencia de los actos realizados en oposición directa contra él. Reconozco, de todas suertes, que la interversión de título podría acreditarse con facilidad en el caso de verdadera desaparición de dicho propietario. Donde se presenta la dificultad es en las situaciones intermedias y equívocas; entonces el Derecho francés se muestra exigente en cuanto a la prueba de la mutación del título, sin duda porque una vez admitida ésta todo queda ventilado y resultaría definitivamente consagrado, sin más, el derecho de propiedad en favor del antiguo poseedor precario, a reserva de la cuestión de la buena fe.

El Derecho alemán, en presencia de esas situaciones equívocas, se inclinaría más bien a aceptar la desaparición del poseedor mediato, lo cual equivaldría a la interversión del título; pero mantendría siempre en favor del antiguo propietario, hoy reivindicante, el derecho de impugnar la presunción establecida en su contra, es decir, el derecho de acreditar que su adversario carece de título.

Por consiguiente, se tienen en cuenta hasta cierto punto los motivos que podrían invocarse a favor de la admisibilidad del presunto título aun durante el curso mismo de una posesión precaria. Hemos expuesto anteriormente qué razones pueden militar en pro de una presunción de

esta índole, aunque ella se haya originado sobre la base de un título precario (1).

Queda por decir que, en definitiva, y según resulta de todas las hipótesis analizadas, el Derecho alemán ha adoptado a este respecto una posición mixta, y que todo depende de la actitud del antiguo poseedor mediato, que puede comparecer o no a corroborar las afirmaciones del poseedor de hecho.

Si se presenta el poseedor mediato para impugnar la pretensión de su representante posesorio, caben desde luego dos situaciones. O dicho poseedor (depositante, prestamista, nudo propietario) pretende ser él el verdadero dueño, y la reivindicación habrá de entenderse con él para lo sucesivo, practicándose la prueba por él y por el reivindicante, y quedando, por tanto, desplazada la contienda, o es posible, de otra parte, que el poseedor mediato no reivindique para sí la propiedad; acaso él hubo de adquirir de mala fe; pero si su representante posesorio obtuvo de él, o de otra persona, un título traslativo y obró de buena fe, podrá aspirar legítimamente a la propiedad con arreglo al § 932; y entonces el pleito deberá continuar entre el reivindicante y él. Y si el antiguo poseedor mediato, aunque perdiera la posesión por la conducta que siguió su representante posesorio, protesta contra cualquier desconocimiento de aquella su posesión, y niega haber prestado conformidad a ninguna trasmisión de derechos, lo que hace en realidad es rechazar la interversión de título. Entonces el reivindicante no sufrirá la presunción de título sino en la medida en que hubiera debido sufrirlo el poseedor mediato; lo cual significa que las cosas se desenvuelven a este respecto como si hubieran acaecido entre causante y causahabiente. Quien entregó el objeto y ha demostrado la existencia de un vínculo contractual o de un precario, puede exigir el reconocimiento de sus dere-

(1) Cf. *supra*, núm. 79 *in fine*, pág. 258.

chos, y la persona que recibió el objeto ha de probar la realidad del nuevo título en que se apoya. De igual modo podrá el tercero reivindicante prevalerse de las protestas hechas por el antiguo poseedor mediato para exigir al poseedor de hecho que justifique sus pretensiones a la posesión *animo domini,* con lo cual se llegará, mediante una especie de rodeo, a ponerlo en trance de probar su título. En resumidas cuentas, todo este mecanismo de apariencia un tanto complicada viene a parar a esto: a que la presunción de título no prevalece ante la negativa opuesta por quien entregó el objeto.

Ahora bien; si el antiguo poseedor mediato, sin corroborar de un modo expreso las alegaciones del poseedor actual, convertido ya en poseedor *animo domini,* deja hacer a éste, o se desentiende él del asunto, o bien desaparece del lugar y parece como si hubiese abandonado su propia posesión mediata, la cuestión se plantea en todos estos casos como se plantearía entre el poseedor actual y un tercero cualquiera. El reivindicante habrá de probar la falta de buena fe (ya se ha visto que con frecuencia será sospechosísima la nueva actitud del poseedor), o bien, si ello no se logra, la carencia de título con arreglo a las normas del Derecho común.

* * *

88. *La presunción de propiedad en las relaciones entre poseedor mediato y poseedor directo.*—Hemos estudiado ya cómo en la posesión por otro se excluye toda presunción de propiedad en las relaciones entre el poseedor y un tercero que intente reivindicar en concepto de dueño; ahora tenemos que examinar el problema en su aspecto más digno de atención, o sea: en las relaciones entre ambos poseedores, el mediato y el directo, o bien, de modo más general, entre poseedores sucesivos.

Con respecto al poseedor mediato, dicha exclusión significa que en las relaciones que sostenga con él el poseedor

directo no se presume la existencia de título de propiedad, y la regla, por lo demás, viene a ser la misma exactamente que en las relaciones con los terceros que en calidad de dueños pretendieran reivindicar. Frente a la reivindicación de un tercero, el poseedor que tiene por encima a otro poseedor (mediato) no tiene a su favor la presunción de haber logrado un título de propiedad que le convierta en adquirente de buena fe a tenor del § 932. Si alega que se ha prestado asentimiento a dicho título, tendrá que acreditarlo mediante prueba directa y completa, pues en otro caso no puede titularse propietario; y suponiendo, por el contrario, que el tercero haya demostrado su propiedad, prosperará desde luego la acción reivindicatoria. Si el poseedor mediato puede acogerse a la presunción del § 1.006, podrá el poseedor directo invocar la posesión de su causante para desvirtuar la prueba del actor; y si este último pone en duda el fundamento de esta presunción, alegando falta de título o mala fe por parte del poseedor mediato, a éste corresponderá intervenir para defender sus derechos, ya personándose a requerimientos del primitivo demandado, ya de oficio y por su propio derecho. Pero si el poseedor mediato no comparece, se fallará el asunto con respecto al poseedor directo, a quien se privará del objeto por no haber podido probar su propiedad, a reserva, naturalmente, de que el poseedor mediato, que no intervino a tiempo, emprenda luego la ofensiva y entable a su vez nueva acción reivindicatoria contra el antiguo dueño. Claro es que su posición resultará menos ventajosa; pero sólo a su negligencia podrá atribuirlo.

La situación no será diferente en cuanto a las relaciones entre ambos poseedores. Si se supone acreditada de antemano la existencia de posesión mediata, primer extremo que ha de examinarse, el poseedor mediato que entable la reivindicación estará libre de que se le conteste con la presunción de título del § 1.006. Una vez acreditado que la primitiva relación fué un precario, no cabe presu-

mir ya la existencia de títulos de propiedad aparecidos posteriormente y que hayan transformado la situación jurídica en que se hallan ambos poseedores, ya se pretenda que el nuevo título emanó del mismo poseedor mediato, ya se atribuya su nacimiento a intervención de un tercero que actuara en concepto de verdadero dueño. Comoquiera que la relación originaria fué un precario, de precario no pasará, a menos que se aporte la oportuna prueba. Así, por ejemplo, no se presumirá que es dueño quien en un principio no fué sino depositario del objeto, reclamado luego por quien entonces lo entregó y hoy lo reivindica, sin perjuicio de que el tal depositario pruebe la existencia de un título que haya convertido el precario en posesión *animo domini*, bien proceda tal título del propio depositante, o bien de tercera persona a quien se creyó dueña o que actuó en dicha calidad. Otro tanto sucede en Derecho francés respecto al art. 2.279, según hemos visto; no precisamente en esta hipótesis, porque ese artículo no se aplica a las relaciones entre causante y causahabiente —tampoco se trata de eso en este punto—, sino porque el artículo 2.279 exige para su aplicación que haya una posesión en concepto de dueño, y una posesión comenzada con carácter de precario no puede cambiar de condición más que por las causas enumeradas en el 2.238.

89. *Valor y eficacia de una mera alegación de título hecha por el poseedor directo.*—Si estos principios son ciertos; si, de primera intención al menos, la regla formulada por el apartado 3.° del § 1.006 dice lo mismo cuando el poseedor de hecho ha de luchar con un tercero o cuando ha de hacerlo con el propio poseedor mediato, el problema resulta delicadísimo si aquél, al requerírsele para que manifieste de quién deriva su derecho, declara tener un título y, por tanto, estar autorizado para poseer como dueño, colocándose así en una oposición con los derechos del poseedor mediato que equivalga a verdadera transformación de título.

¿Bastará con que, al reclamar el poseedor mediato lo que le pertenece, se oponga su representante posesorio a la reclamación, prevaliéndose de un título que le permita proclamarse propietario? Tal conducta, que no es en el fondo sino la negativa verbal opuesta a la pretensión del actor, ¿será suficiente para suprimir la posesión mediata, fundar la presunción de título consignada en el § 1.006 y obligar al poseedor mediato a aportar la prueba de su derecho? Entonces a él correspondería dejar demostrado que su representante posesorio no es sino esto y nada más que esto, y carece de todo título traslativo de derechos. De ser así, equivaldría a decir que la regla *Nemo causam possessionis mutare potest* no tiene cabida en las relaciones de posesión mediata entre el poseedor directo y la persona de quien en precario recibió el objeto. Y, sin embargo, si hay una relación jurídica en donde ese principio haya recibido aplicación tradicional, y a la que se refiera la regla en primer término, es precisamente la que existe entre causante y causahabiente, cuando este último comenzó siendo, no un causahabiente a título de dominio, sino a título de disfrute. Pues bien; ese principio, protector esencialmente, que el Código civil alemán acoge desde luego (porque si no lo reproduce de modo textual, su reconocimiento expreso se ve en la redacción del § 868), carecería de toda virtualidad si bastase con una negativa del poseedor directo y una alegación de su título por su parte para que esta actitud, frente al requerimiento del poseedor mediato, diera origen a una presunción de título a tenor del § 1.006. Este es el punto donde, por tanto, se presenta la cuestión, a que con repetición hemos aludido, de las relaciones directas entre ambos poseedores. Intentemos examinar cómo se resuelve (1).

90. *Aplicación en Derecho alemán de la regla "Nemo*

(1) Para la exposición que vamos a hacer, convendrá tener presente la n. 1 de la pág. 255, y recordar las indicaciones que contiene respecto a las soluciones que van a estudiarse.

causam possessionis mutare potest".—Es de observar, ante todo, lo extraño que resultaría *a priori* apoyarse en una alegación de título para deducir de ella la prueba de una posesión autónoma, pues conforme al propio § 1.006 es el hecho anterior y previo de la posesión autónoma lo que determina la presunción de título. Tanto valdría decir, prescindiendo del aspecto intermedio en la transformación de la posesión, que la alegación de título implica presunción de su existencia; y el aspecto intermedio pierde toda eficacia desde el momento en que las transformaciones de la posesión serían una resultante de la alegación de título, viniendo la una a cubrir las otras. Serían, pues, dos expresiones diferentes para enunciar una sola y misma cosa. Y llegaríamos a la consecuencia de que la alegación de un título obliga a presumir su existencia, viniendo la alegación a ser el elemento que transformara jurídicamente la posesión, siendo así que la transformación precisamente es la que debería producir y originar tal presunción con arreglo al § 1.006. Es imposible, por consiguiente, que las cosas sucedan de esta manera. Sería algo que estaría en contradicción con las necesidades prácticas y con la misma interpretación lógica del texto.

Con ello volvemos a preguntarnos cuáles son los hechos que con respecto al poseedor mediato puedan equivaler a la supresión de la posesión mediata. Ya hemos visto que sería suficiente la existencia de una actitud de hecho que implicara la contradicción formal de los derechos reconocidos antes al poseedor mediato y se le hubiera hecho saber. Ahora bien; se nos podría decir: "Si el poseedor mediato reivindica y persigue la restitución del objeto y el poseedor directo se opone, ¿cómo suponer una actitud de hecho que más explícitamente contradiga los derechos del propietario? No es ya la declaración de guerra con que se contenta el Derecho alemán: es la guerra misma, el conflicto positivo que exige el Derecho francés. No se

concibe que esta negativa categórica a restituir deje de producir una transformación en la posesión, ya que por sí sola equivale a la pérdida de la posesión mediata."

En este punto concreto, soy de igual opinión. Lo que niego es que esa pérdida de la posesión mediata justifique *ipso facto* en tales casos la presunción de título de que el poseedor autónomo pretende prevalerse. Este matiz, un poco tenue, pero de suma importancia, es el que intentaremos poner de relieve.

91. *Posibilidad de que, subsistiendo el contrato inicial, se haya transformado la relación posesoria.*—Creo que no cabrá discusión respecto a un primer extremo, a saber, que si la actitud del poseedor inmediato no data sólo del pleito, sino que con anterioridad se situó en plan de adversario y contradictor del poseedor mediato, y a sabiendas de él vino así poseyendo en realidad, nos encontraremos en un caso de mutación de título en el sentido alemán, con la consiguiente transformación de la relación posesoria. El poseedor inmediato se ha negado y se niega abiertamente a reconocer la posesión mediata. Hay una supresión de ésta, y no de cualquier modo, sino en condiciones, según se ha visto, más fáciles y menos rigurosas que las exigidas en Derecho francés por el art. 2.238 (1). Si en tales circunstancias incoa el pleito el poseedor mediato y reivindica el objeto, su contrincante estará en su derecho oponiéndole la presunción de título del § 1.006, porque ya no media inversión de los requisitos legales exigidos por el texto mismo. No es la simple alegación de un pretendido título lo que va a modificar el carácter de la posesión; ésta cambió de naturaleza mucho antes de empezar la contienda judicial, y es legítimo apoyarse en la inexistencia de posesión mediata para deducir de ello la presunción contenida en el citado precepto. Estamos dentro de los términos de la ley.

---

(1) Cf. *supra*, núms. 86 y 87, págs. 272 y 274, respectivamente.

Queda por averiguar qué podrá hacer el antiguo poseedor mediato contra la aludida presunción, y si deberá, en todo caso, resignarse con la carga de la prueba negativa que se le quiere imponer. Por el momento, no es esa la cuestión. Lo que resulta positivo es que, aun cuando subsista el primitivo contrato, base del precario, el carácter precario de la posesión se ha desvanecido. El contrato de préstamo, o de arrendamiento, o de depósito no desaparecen; pero la posesión del prestatario, del arrendatario o del depositario ha dejado de ser una posesión precaria para convertirse en posesión autónoma, lo cual tiene su importancia al regular los medios defensivos de la posesión (§ 869 del Código civil alemán), y no menos por lo que respecta al derecho de invocar *erga omnes*, y aun frente al antiguo poseedor mediato, la presunción de título del § 1.006.

92. *La simple oposición a la demanda no basta para que surja una situación de autonomía posesoria.*—Supongamos, por el contrario, que hasta la iniciación del pleito no ha variado la actitud del poseedor directo. La resistencia que opone a la petición del actor es lo que constituye entonces el cambio de conducta con respecto a su posesión anterior. Es evidente, desde luego, que si prevalece esa resistencia, si retrocede el primitivo poseedor mediato al ver la oposición con que tropieza, se pierde sin duda alguna la posesión mediata; y si más adelante se reproduce la reclamación, el cambio de actitud anotado otorga al detentador de los bienes muebles de que se trate el derecho a ampararse en la presunción del § 1.006.

Pero no es eso lo que se discute: lo que se pretende es averiguar si el poseedor mediato que entable acción reivindicatoria habrá de probar la falta de título del detentador de la cosa y demostrar, frente a cualesquiera alegaciones en contrario, que él no convirtió en título de dominio el título precario primitivo, o bien que su adversario no ha podido obtener título de aquel género de parte de ningún

otro derechohabiente que se hiciera pasar por verdadero dueño. Y planteada así la cuestión, hay que responder en forma negativa, lo mismo en el Derecho alemán que en el francés. La posesión mediata no se suprimió antes de incoar el pleito el titular de ella; por tanto, la acogida hecha a la demanda por el poseedor directo es lo que, si persiste y vence las pretensiones adversas y las obliga a retroceder, va a producir la transformación posesoria de que el detentador querría, desde luego y sin más, comenzar a prevalerse. Así, pues, su situación jurídica, en cuanto a la prueba y al procedimiento, debe ser la que era en vísperas del pleito y no la que puede llegar a ser durante la tramitación y como consecuencia de las actuaciones. La situación procesal y jurídica de las partes se fija por el estado de hecho existente en el momento de comenzar el pleito, y no pueden influir en ella las repercusiones que el hecho mismo de la *litis* pueda determinar en sus relaciones respectivas.

Si el detentador, al ser requerido, se contenta con responder que él se considera propietario, sin que hasta entonces nada en su conducta haya revelado semejante aspiración, la relación posesoria subsiste tal y como antes estaba constituída. Es posible que la firmeza del actual poseedor durante el proceso, su manera de comportarse y, sobre todo, la conducta de su contrario, sus vacilaciones y sus timideces, vayan creando, para el mañana, y en favor del detentador, aquella posesión autónoma que antes pretendió; pero lo que es evidente es que durante el proceso no pueden influir esas repercusiones posesorias en los derechos respectivos en punto a la carga de la prueba. La posición de las partes a este respecto quedó establecida al iniciarse el pleito, y en aquel momento el estado de autonomía posesoria estaba en formación, no estaba creado.

93. *Transformada la relación posesoria, ¿pierde por completo su situación legal en cuanto a la prueba el antiguo poseedor mediato?*—Supongamos ahora que se ha

realizado en las condiciones recién descritas la transformación de la relación posesoria, pero sin haberse resuelto judicialmente la cuestión de título. Supongamos, por ejemplo, que en la última hipótesis examinada el demandante dejó caducar la instancia, o no formalizó siquiera la demanda. No ha podido recaer fallo, porque ni que decir tiene que habiéndose dictado sentencia ya no hay cuestión. Desde el momento que la parte demandada hubiera planteado la cuestión de título—y es indiferente que la prueba hubiera estado o no a su cargo—el fallo hubiera tenido que reconocer la existencia de un título traslativo de propiedad, suprimiendo con ello la relación de posesión mediata, o habría tenido que negar y descartar la existencia de aquél, confirmando así la relación de precariedad en la situación respectiva de ambos poseedores. Hay que partir, por tanto, de la hipótesis de no haberse pronunciado sentencia. La transformación de la relación posesoria se ha operado sin que la cuestión se resuelva judicialmente.

También cabe suponer, siempre dentro de la hipótesis antes enunciada, que la relación posesoria se ha transformado con motivo de un estado de cosas terminantemente opuesto a los derechos del poseedor mediato y anterior a toda contienda ante los Tribunales.

En todos estos casos se pierde la posesión mediata a virtud de actos del poseedor directo, y éste adquiere posesión autónoma y tiene derecho a la presunción de propiedad del § 1.006. ¿Quiere esto decir que el antiguo poseedor mediato queda definitivamente decaído de su situación legal en cuanto a la prueba, y que no puede en manera alguna obligar a su adversario a que justifique el título que alega? Desde luego, las cosas sucederían así si el problema se planteara con relación tan sólo a la acción reivindicatoria y a la cuestión de propiedad. Caso de que el antiguo poseedor mediato se limitara a reivindicar, basándose en su pretendido derecho de propiedad, y el contrario

respondiera en forma análoga, invocando, a su vez, su propiedad actual, y por parte de ninguno de los litigantes se aludiera a la relación contractual que existe todavía, o existió antes, entre los interesados, es indudable que la presunción de título del § 1.006 se aplicaría íntegramente y sin reservas.

Pero esta hipótesis es casi puramente teórica, porque no es posible que el asunto se desenvuelva entre partes ligadas por una relación anterior de precariedad (que será en la mayoría de las ocasiones una relación contractual), del mismo modo que se ventilaría entre el poseedor y un tercero que se titulara propietario.

94. *Derecho del poseedor mediato a utilizar la acción declaratoria o pedir la restitución del objeto.*—De todos modos, hay siempre un recurso a que puede acudir el primitivo poseedor mediato. Tomemos una de las hipótesis estudiadas: el caso en que se pierde la posesión mediata antes de que se entable ninguna reclamación judicial. Supongamos que se trataba de un depositante que, antes de reclamar siquiera la devolución de la cosa, ve al depositario adoptar la actitud de dueño y proclamar abiertamente que ha adquirido la propiedad. Es posible que el depositante no crea oportuno entablar la acción reivindicatoria y hacer que se falle la cuestión de propiedad; sin exigir siquiera la restitución, acude a lo más apremiante: quiere que se reconozcan sus derechos y se declare que entre él y el detentador del objeto subsiste una relación contractual que constituye a éste en deudor suyo.

A este respecto, el Derecho alemán ofrece una acción de carácter absolutamente general, deducible como principal o como incidental meramente, y que tiene por finalidad la declaración de un derecho puesto en duda; es una acción para el reconocimiento o declaración de un derecho (la *Feststellungsklage* del § 256 del Código de Procedimiento). El depositante pedirá, por tanto, que se declare cómo el contrato celebrado por él con el poseedor actual

subsiste en su validez y eficacia, y no se ha extinguido por ninguna trasmisión de propiedad del objeto depositado. Y, como es lógico, en este terreno las cosas, la prueba entera ha de pesar sobre el depositario, ya que él es quien intenta negar un contrato cuya existencia originaria nadie discute; a él tocará demostrar que el contrato terminó en virtud del motivo que alega, y con ello tendrá que justificar el título que invoca. Si triunfa en esto, no hay problema; el fallo reconocerá que el depositario ha conseguido, merced a un título ulterior, adquirir en concepto de dueño lo que en un principio recibió a calidad de depósito. Si fracasa, resultará que subsiste la relación de posesión mediata que él hubiera querido descartar; y sean cuales fueren para el futuro sus alegaciones y protestas, su posesión recobrará el carácter de posesión en nombre de otro que judicialmente le ha sido reconocido.

Pero la situación no cambiaría si, en lugar de una acción *declaratoria*, reclamara directamente la restitución, porque también la acción entablada, como derivación del contrato mismo, implicaría la necesidad de reconocer la subsistencia del vínculo contractual antes de que pudiera plantearse cuestión alguna de propiedad. El depositante no tendría que probar su dominio, sino que alegar su derecho de crédito, exigiendo, *como acreedor*, la devolución del objeto; en tal concepto, nada tiene que probar, porque la cuestión de propiedad no surge sino por vía accesoria, en cuanto guarda conexión con el mantenimiento del lazo contractual, y la presunción de propiedad del § 1.006 no tiene, por consiguiente, aplicación. Lo que se discute en el pleito es si perdura la relación obligatoria nacida del depósito; y al depositario, que impugna la vigencia de éste, corresponde acreditarlo: la situación será exactamente la misma que en el caso anterior.

Se ve, pues, que en las relaciones entre poseedor mediato y poseedor directo, aun cuando haya habido interversión de título desde el punto de vista posesorio, no es

forzoso que haya presunción de interversión de título en lo contractual; de suerte que siempre que el poseedor mediato demande el cumplimiento del contrato, su contrincante tendrá que ofrecer la prueba del título que alegue, aun cuando tuviera a su favor una posesión autónoma, convertida en posesión *animo domini*.

95. *La situación respecto a la prueba en los conflictos entre el poseedor mediato y el directo: diferencia con respecto al caso de un tercero reivindicante.*—Y ahora que hemos visto cómo debe ventilarse la cuestión en las relaciones entre partes, podremos mejor darnos cuenta de los efectos ya descritos y sumariamente expuestos para el caso de plantearse el asunto por un tercero que, actuando como verdadero dueño, entable acción reivindicatoria contra el poseedor directo, antes precarista, habiendo intervenido un poseedor mediato que usó de un derecho que no le pertenecía (1). Como habrá podido apreciarse, siempre que existe un poseedor mediato y se discute un título nuevo, procedente de él y otorgado a favor de su representante posesorio, la prueba se regula, incluso con respecto al reivindicante, como se haría *inter partes*. Parece de primera intención como si se prescindiera de la presunción sentada por el § 1.006 en casos donde, suprimida la posesión mediata, pudiera creerse que el demandado tenía derecho a invocar su posesión ya autónoma y la presunción que de ella se deriva. Pudiera estimarse que se intentaba fuera de los textos legales limitar el campo de aplicación del § 1.006, fundándose para ello en el hecho de plantearse el litigio entre el poseedor directo y el mediato, y sin acertar a ver la razón de técnica propiamente dicha que autorizara una derogación impuesta sólo por motivos de equidad, de simetría y seguridad jurídicas. Dijérase que no se veía por qué variaba la carga de la prueba cuando el conflicto se originaba entre el poseedor y el tercero reivindicante, ni tam-

(1) Cf. *supra*, y en particular el núm. 82, pág. 266.

poco, y muy especialmente (porque tal era el motivo de equidad tenido en cuenta), por qué había de ofrecerse al poseedor un medio tan sencillo de eximirse de acreditar el título originario que alega, siendo así que el antiguo poseedor casi se desentiende del asunto y parece inclinarse a dejar hacer, sin preocuparse mucho de sus derechos. Estas razones, que justificaban, que casi imponían la solución, ¿iban a quedar sin apoyo formal en la técnica jurídica? Ello estaría muy poco de acuerdo con la economía toda del nuevo Código civil alemán. Pero no hay nada de eso, y de aquí que necesitemos justificar con mayor detenimiento algunas soluciones apenas esbozadas hasta ahora.

96. *Alegación de título por el poseedor frente a un tercero que reivindica; posibilidad de aplicar la presunción del § 1.006.*—Con efecto: cuando es un tercero quien reivindica, y el poseedor responde invocando un título sobre el cual construye, por así decirlo, una alegación de propiedad, es necesario establecer una doble distinción, o, mejor dicho, tener en cuenta dos categorías de hechos para saber en qué medida aquellas circunstancias han de originar la presunción de título consignada en el § 1.006.

Ante todo, hay que examinar hasta qué punto tendrá el valor de una interversión de título en lo posesorio la afirmación que el poseedor opone al demandante; lo cual equivale a analizar hasta qué punto implica tal alegación un cambio de actitud notificado al poseedor mediato y destinado a poner en su conocimiento la oposición que se inicia contra sus derechos. Pero hay que distinguir en seguida cuál será la actitud que frente a esto adopte el poseedor mediato.

Si éste ha desaparecido o se desentiende de lo que pueda hacer su antiguo representante, si le deja actuar y decir que él, el poseedor mediato, no tiene título desde el punto de vista posesorio, y que el poseedor actual tiene posesión autónoma que le permite contestar por sí en el

pleito de propiedad, todo esto viene a probar, al menos exteriormente, que se reconoce la interversión de título, y viene a quedar consagrada la actitud posesoria adoptada por el demandado en el proceso sobre reivindicación; es decir, nos encontramos ante la pérdida de la posesión mediata, y de ello se desprenderá, como consecuencia lógica, la presunción del § 1.006, impuesta de consuno por el precepto legal y por las exigencias racionales de los hechos. La situación es exactamente igual que si en las relaciones entre partes el antiguo poseedor mediato, con su conducta borrosa, viniera a hacer sospechar una especie de abandono de su posesión. Indudablemente, cuando se trata de relaciones entre partes, puede el primitivo poseedor mediato, aun después de transformarse la posesión de su contrario, surgir de nuevo y reclamar sus derechos, sin que por ello se altere la obligación del contrincante de probar el título que alega. Se debe esto a la existencia entre los interesados de un vínculo contractual que sirve de base al proceso, y a que las actuaciones girarán en torno a la subsistencia del contrato más bien que sobre la cuestión de propiedad; y en estas condiciones, quien alega la extinción del vínculo obligatorio debe aportar la oportuna prueba. La situación es enteramente diferente cuando se ha producido la interversión de posesión y el poseedor antiguo guarda silencio, se niega a intervenir o lo hace con dejadez, y el poseedor actual, convertido en poseedor único, no tiene frente a sí más que a un tercero que reivindica en concepto de dueño y que no puede reclamar a virtud de derechos de obligación nacidos contractualmente. La pugna se suscita tan sólo acerca de la cuestión de propiedad, y en este terreno no podrá desconocerse la autonomía posesoria opuesta a la reivindicación y determinante de una presunción de dominio. Evidentemente, si resulta sospechoso el apartamiento del poseedor mediato; si hay motivo, por tanto, para pensar que el demandado adoptó esa actitud para hacer creer en una adquisición de pro-

piedad que el poseedor mediato no tiene interés alguno en impugnar (puesto que él no puede ya pasar por dueño); si todo esto sucede, lo que quedará en tela de juicio es la buena fe del poseedor. El demandante no deberá entonces, en la mayoría de los casos, probar la falta de título del contrario, como habría de hacerlo en respuesta a la presunción del § 1.006, pues le será más fácil poner de relieve la mala fe del contrincante, y sin esfuerzo lo conseguirá si logra demostrar que su actitud nueva de poseedor autónomo y la alegación, en que la basa, de un título de propiedad de que se ha aprovechado, son cosas recientes, que coinciden con el pleito en curso, con la revelación del verdadero dueño y con la inutilidad ulterior de mantener el antiguo poseedor mediato su situación inicial y la defensa de su primitiva posición jurídica. Por el contrario, si estuviera por encima de toda sospecha la buena fe del demandado en el juicio reivindicatorio, habría que atenerse pura y simplemente a la presunción de propiedad otorgada al poseedor directo, presunción a que le dan derecho su actitud, de una parte, y la dejación del poseedor mediato, de otra. Nada más legítimo. Incluso sería altamente lamentable que tantas presunciones de hecho acumuladas no dieran origen a una presunción de derecho destinada a consagrarlas y condensarlas como en una fórmula jurídica adecuada a la situación y conforme con las realidades exteriores. Hay que recordar, de todos modos, que en Derecho alemán, aunque haya presunción legal, es siempre una presunción *juris tantum*, susceptible de prueba en contrario, y que entonces el actor habría de probar la falta de título de su adversario para privarle de la regla protectora del § 932, única que puede justificar sus pretensiones a la propiedad.

97. *La intervención del poseedor mediato y sus consecuencias para el tercero que reivindica.*—De otra parte, la situación varía por completo cuando entra en escena el poseedor mediato, y las modificaciones que resultan no

provienen de una excepción a las normas generales cuya aplicación hemos visto (excepción que no podría fundarse sino en motivos de equidad un tanto vagos); son la aplicación pura y simple de los mismos principios cuyo desenvolvimiento venimos examinando en materia de interversión de título y de autonomía posesoria.

Resulta, en efecto, de cuanto precede que la situación posesoria del demandado en el juicio reivindicatorio (y, por tanto, la presunción de título que de ella deriva) no depende en manera alguna de las relaciones que se van a establecer entre el poseedor y los terceros y de la actitud, puramente unilateral en cierto modo, adoptada *in rem* por el mismo demandado, sino únicamente de sus relaciones con el antiguo poseedor mediato. La cuestión de saber si aquél es o no poseedor autónomo se va a solventar, por consiguiente, como se solventaría entre ambos poseedores, sin que la intervención de un tercero, demandante por acción reivindicatoria, aporte ningún elemento nuevo a la solución del problema. Ese tercero, testigo pasivo de cuanto va a suceder, habrá de aceptar las consecuencias de hecho que se desprendan de la relación entre los dos poseedores en lo que respecta a la cuestión posesoria y a las conclusiones que para él han de deducirse.

Así, pues, si interviene el poseedor mediato, por sí o a requerimiento del reivindicante, e invoca su título y el lazo contractual en que funda su posesión, la situación viene a ser, con respecto a todos, la que sería si el problema se suscitara entre ambos poseedores. Ahora bien; hemos visto que, planteada judicialmente la cuestión entre ellos, puede el poseedor directo oponerse desde ese momento a los derechos de su causante, y anular, por tanto, la posesión mediata, pero a condición de que se reconozca en el fallo que ha desaparecido el antiguo vínculo contractual existente entre las partes. Si la sentencia da la razón al poseedor directo y declara que la relación obligatoria se ha extinguido, es legítimo que aquél haya logrado posesión

autónoma, confirmándose con ello la supresión de la posesión mediata. Por el contrario, si el fallo reconoce la vigencia del título posesorio inicial, la posesión mediata no se ha interrumpido. La pérdida o conservación de esta última depende, por esta vez, de una prueba que versa tan sólo sobre la cuestión de título, pues se trata de averiguar si, una vez demostrado el que sirvió de base a la primitiva relación de precariedad, se puede acreditar que ha cesado de existir. Y como es un principio evidente que quien alega la desaparición del contrato o relación jurídica resultante de un acto probado ha de demostrar cuanto afirma, y no hay razón para establecer diferencias según que la cuestión de prueba se plantee entre las dos partes contratantes o con respecto a un tercero, y, por tanto, sea quien fuere el que invoque la extinción del contrato, cuya existencia anterior consta, y sea quien fuere la persona con vistas a la cual se alegue dicha extinción, aquél ha de probar la afirmación que hace y en qué funda sus pretensiones; de todo ello resulta que cuando el demandado excepciona la pérdida de la posesión mediata y se ampara frente a terceros en la presunción de título del § 1.006 y, de otra parte, gracias a la intervención del poseedor mediato, la desaparición de dicha posesión mediata va unida a la del vínculo jurídico que existía entre ambos poseedores, quien alegue la extinción o supresión de esta relación jurídica deberá aportar la prueba de los hechos que afirma, y, por tanto, la del título traslativo en que se basa y de cuya existencia depende el éxito de sus pretensiones: todo ello, aun cuando el litigio no fuera entre las partes originarias, sino con respecto a un tercero reivindicante.

98. *La extinción de la posesión mediata por causa del silencio que guarda su titular. Consecuencias.*—Pero si esto acontece cuando el poseedor mediato se apresura a protestar contra las alegaciones de su representante posesorio, el caso es muy distinto si con su silencio las confirma, aunque luego quiera intervenir, porque su dejación

habrá bastado, como se ha visto, para privarle de su posesión mediata definitivamente y sin que ninguna otra condición suspenda la irrevocabilidad de tal supresión. Y como esta pérdida de la posesión mediata vale *erga omnes*, el tercero reivindicante habrá de soportar los efectos que de ella se deriven y resignarse si se alega contra él la presunción de título del § 1.006. Poco importa, por lo demás, que el poseedor mediato intervenga después, entablando acción *declaratoria* para que se reconozca su derecho y se proclame firme y subsistente el vínculo contractual primitivo que existió entre él y el poseedor directo, hoy poseedor autónomo. Esa acción, que no tiene interés sino para las partes contratantes, no produce el efecto de restablecer la posesión mediata y suprimir la presunción de título que su desaparición implicaba. Es indudable que entre los interesados la cuestión de prueba, por lo que a dicha acción toca, se ventilaría sin que hubiera de tenerse en cuenta la presunción del § 1.006; pero es porque en tal caso la discusión no gira en torno a la cuestión de propiedad, sino acerca del mantenimiento de la relación contractual, y, en este terreno, la prueba de la desaparición del contrato incumbe a quien la invoque. Este razonamiento, que es insuperable en las relaciones entre los interesados a quienes ligaba el vínculo contractual discutido, no puede tener aplicación para un tercero, ajeno al contrato, y que no puede tratar sino de la cuestión de propiedad. En este punto, queda intacta la presunción del § 1.006. Y lo mismo ocurriría si el primitivo poseedor mediato, en vez de iniciar una acción *declaratoria (Feststellungsklage)*, reclamara la restitución del objeto a virtud de la acción dimanada del contrato mismo. Todo ello son cosas extrañas a la relación del poseedor directo, hoy poseedor autónomo, con terceros.

Estas soluciones, que cuando se defendían con respecto a terceras personas pudieron parecer inspiradas en meras razones de política jurisprudencial, se nos presentan desde

ahora como la aplicación pura y simple de los principios que imperan en materia posesoria.

* * *

99. *La presunción de propiedad en las relaciones entre poseedores sucesivos. Terminología y planteamiento del problema.*—Si volvemos ahora al punto que nos ocupaba principalmente, o sea a las relaciones entre poseedores sucesivos, forzoso es observar que la cuestión recién analizada no se refiere más que a una hipótesis: la de que haya podido acreditarse la primitiva situación de precariedad. Ahora bien, el problema grave no es ése; la cuestión delicada se suscita cuando precisamente lo que se discute es la existencia inicial de esa relación de precario, el carácter mismo de la sucesión posesoria, el título en virtud del cual la posesión ha pasado de uno a otro: ésa es la que he llamado "relación entre poseedores sucesivos", o, menos correctamente, "entre causante y causahabiente". Y digo que esta última expresión es menos correcta porque de ordinario suele aplicarse a la esfera del dominio, es decir, a los derechos todos de que el autor podía disponer, y en el caso que vamos a estudiar eso es precisamente lo que está en tela de juicio. No se sabe si se confió la posesión a título de propiedad o de mero disfrute: eso es lo que se controvierte. Pero, en sentido lato, puede admitirse que la relación entre causante y causahabiente se aplique incluso a la sucesión de derechos no dominicales, sino de mero disfrute, lo mismo que se emplea respecto a la trasmisión de propiedad. Por tanto, no hay inconveniente en generalizar así la fórmula, pudiendo, por lo demás, si se prefiere, hablar de "relación entre poseedores sucesivos".

Partimos, pues, de la idea de que el detentador actual recibió la cosa de manos de quien se la reclama y tenía antes su posesión; la diferencia estriba en que el antiguo poseedor sostiene no haber dado sino una posesión precaria, reservándose él la mediata; y, en cambio, el detentador actual afirma que se le entregó el objeto en propiedad. La reivindicación se plantea, en consecuencia, no ya entre un tercero y el poseedor actual, sino entre los dos poseedores sucesivos. El § 1.006 dispone que se debe prescindir de la presunción de título cuando medie una relación de posesión mediata, pero el punto controvertido es ése exactamente. Si estuviéramos ante un tercero, no cabría duda: la posesión mediata jamás se presume; estamos, sin embargo, ante quien entregó el objeto. ¿Deberá presumirse que lo entregó en propiedad o para simple disfrute? Y, caso de presumirse lo primero, salvo prueba en contrario, ¿habrá de aplicarse en su integridad la solución dada por el § 1.006, es decir, permitir que el poseedor actual, por el solo hecho de colocarse en plan de poseedor *animo domini*, pueda invocar la presunción de título contra la persona de quien reconoce haber recibido la cosa?

100. *La doctrina francesa y la inaplicabilidad del artículo 2.279 al discutirse entre poseedores sucesivos la naturaleza del título.*—Dicho queda que la doctrina francesa, a falta de precepto expreso, proclama en este caso la inaplicabilidad del art. 2.279, hecho para regular otras hipótesis; se trata de las relaciones entre causante y causahabiente, lo mismo cuando la cuestión se plantea respecto a la índole del título inicial nacido entre las partes que cuando se trata de determinar su validez. Si estuvieran de acuerdo las partes en admitir que entre ellas hubo un verdadero título traslativo de dominio, pero el antiguo poseedor demandara su nulidad por falta de consentimiento, error o incapacidad, no podría el poseedor—pese a su buena fe y a su posesión *animo domini*—invocar el art. 2.279 para proclamarse propietario, pues la regla consignada en él no nació para cubrir los vicios del título de adquisición. Y otro tanto acontecería si se debatiera la índole del título y se alegara, por ejemplo, error acerca de la

naturaleza jurídica del título posesorio, por haber creído uno que recibía el objeto en propiedad a virtud de donación manual, y el otro no haber consentido en entregarlo sino a calidad de disfrute o en concepto de depósito. Tampoco en este caso bastaría la posesión del titular, aun siendo *animo domini* y de buena fe, para convertirle en propietario. Entre poseedores sucesivos, entre el autor y su causahabiente, lo que tiene importancia es, no el saber si el poseedor adquirió de buena fe de quien no era dueño, sino averiguar si el título en cuya virtud se le trasmitió el objeto era un título válido y eficaz de dominio. Y entre partes, esta cuestión debe regularse por el Derecho común y no por la presunción excepcional del artículo 2.279, aunque se trate de bienes muebles, pues dicha presunción se estableció tan sólo para poner al poseedor a cubierto con relación a terceros (1).

101. *La jurisprudencia francesa y el desdoblamiento del art. 2.279 en sus aspectos material y procesal.*—Y, sin embargo, esta opinión, enunciada en forma un poco escueta, ha parecido algo excesiva (2), pudiendo considerarse que se funda en la confusión que el art. 2.279 establece entre la cuestión de prueba y la cuestión de derecho. Y de todas suertes, ni en la esfera de la jurisprudencia ni en la realidad de los hechos se presenta de manera tan demasiado absoluta.

Indudablemente, el art. 2.279 no se propuso, desde luego, que, frente a la persona de quien procede el objeto, pudiera el poseedor convertirse en propietario por el mero hecho de una posesión *animo domini* lograda de buena fe; pero esta es la cuestión de fondo, la cuestión de derecho. Por eso, cuando se trata de regular la adquisición entre poseedores sucesivos, es perfectamente exacto afirmar que el mentado artículo no tiene aplicación. La jurisprudencia

(1) Cf. BUFNOIR, *Propriété et Contrat*, págs. 374 y ss.
(2) Cf. BUFNOIR, *Propriété et Contrat*, págs. 375 y ss.

suele expresarlo diciendo que la presunción en él contenida se reduce en estos casos a una simple presunción *juris tantum*, susceptible de prueba en contrario. Las dos funciones del art. 2.279 se desdoblan y separan. En cuanto título de adquisición, no se aplica; en cuanto título de prueba, sigue aplicándose. Su función respecto al fondo queda suprimida; su función probatoria subsiste. Tal es el resultado a que llega la jurisprudencia, diciendo que precisamente cuando el poseedor está sometido a una obligación personal, la presunción del citado artículo admite prueba en contrario, es decir, viene a ser lo que es la presunción del § 1.006 en el Código civil alemán. Y en las dos categorías de hipótesis que hemos examinado, nulidad de título o carencia de título traslativo, hay, por lo menos, obligación de restituir basada en enriquecimiento sin causa.

102. *Reparos a la tesis de la jurisprudencia y justificación de ésta atendiendo a la previa obligación personal que el actor ha debido acreditar.*—Pudiera creerse que la jurisprudencia, dejando a un lado el art. 2.279 a pretexto de una obligación personal que no permite presumir irrecusablemente la adquisición de la propiedad, hubiera debido prescindir de aquél completamente, rechazando la presunción simple lo mismo que la presunción absoluta, ya que el texto legal no distingue entre ambos grados de intensidad presuntiva. Si el precepto contiene una presunción *juris et de jure*, no parece que haya derecho a establecer distingos y ver allí unas veces mera presunción simple y otras una plena presunción absoluta. Todo o nada; y si se estima justo prescindir de él so pretexto de obligación personal a cargo del poseedor, también se debiera descartar por completo toda idea de presunción y poner de parte de aquél la carga íntegra de la prueba. Pero fácil es ver por qué la jurisprudencia no podía conducir a ese resultado. Desde luego, el art. 2.230 presume el carácter autónomo de cualquiera posesión vista superficialmente,

obligando a cuantos nieguen tal carácter a aportar la prueba de la precariedad, o sea demostrar el carácter precario del título que dió origen a la posesión misma (1). La verdadera razón, sin embargo, es que el prescindir de la presunción, al menos en cuanto presunción legal absoluta, depende de la prueba, que se supone ya realizada, de una obligación personal a cargo del poseedor; y en la hipótesis que hemos visto, esa obligación resultaría del enriquecimiento sin causa a consecuencia de la falta de título. Ahora bien; la existencia de la obligación no se presume: quien la alega debe acreditarla. Y no hay motivo para otra cosa, aunque sea el poseedor inmediatamente anterior, de quien tiene su posesión el poseedor actual, quien haya de invocar en su favor la obligación aludida. No habiéndose demostrado la existencia de semejante obligación personal, queda en pie la regla del art. 2.279 y se aplica la presunción que él enuncia. Por tanto, rige ya con respecto al poseedor anterior, como presunción de título, hasta tanto que él logre probar la realidad de la obligación de restituirle el objeto. Ese es el primer grado de la presunción. Empero si no consigue demostrar la existencia de una obligación de ese género, la presunción recobra por completo su imperio y se aplica íntegramente: el poseedor será tenido por dueño. Si, por el contrario, se comprobara la falta de título, la presunción se detendría en firme, sin ir más allá; dejaría de valer en cuanto presunción de propiedad, y en lo sucesivo incumbiría al poseedor justificar que su título de precario, cuya primitiva realidad se ha acreditado, ha venido a transformarse posteriormente en un título de propiedad.

103. *Dificultad de establecer una presunción jurídica en caso de yuxtaposición de posesiones: el expediente de la "posesión equívoca"*.—He aquí en qué sentido y de qué forma puede sostenerse que en el sistema de la jurisprudencia

(1) Cf. Bufnoir, *loc. cit.*, pág. 373.

no se aplica el art. 2.279 a las relaciones entre causante y causahabiente. No se aplica por lo que toca a la adquisición del derecho. Pero se aplica como presunción simple fundada en la posesión *animo domini*, en el sentido de que, aun acreditada la sucesión directa entre los interesados, la posesión del detentador actual basta para hacerle pasar por propietario hasta que una prueba en contrario lo venga a desvirtuar. Su adversario, quien le trasmitió la posesión, es quien ha de probar la falta de título (en cuanto título traslativo).

Ese es el problema que, como anteriormente hemos indicado (1), se plantea con tanta frecuencia en caso de fallecimiento, cuando aparecen en poder de un tercero que vivía con el difunto valores que pertenecían a este último. La prueba de la sucesión directa entre ambas posesiones es casi siempre fácil de conseguir; si no, habría que suponer una simple yuxtaposición de posesiones (y las más de las veces esa yuxtaposición es... el robo). La sucesión directa implica entrega voluntaria del objeto: la duda está en lo relativo al título que determinó dicha entrega. ¿Qué debe presumirse entonces? Legalmente, ¿se debe presumir que el detentador actual recibió en propiedad esos valores como donación manual, o se ha de estimar que los recibió a título precario, en depósito, por ejemplo? Si nos atuviéramos a la norma, acaso demasiado escueta, según la cual no se debe aplicar en ningún aspecto (ni en cuanto presunción legal absoluta, ni siquiera como mera presunción simple) el art. 2.279 cuando se ha acreditado la yuxtaposición o al menos la sucesión directa de posesiones, entonces resultaría que de esa prueba previamente practicada se derivaba una excepción implícita a la regla de dicho artículo, y en todos los casos, aun tratándose de posesión *animo domini*, incumbiría al poseedor la prueba del título de propiedad que invoca. La relación de sucesión directa

(1) Cf. *supra*, núm. 10, pág. 118, y cf. núm. 13, pág. 124.

vendría, por tanto, a determinar una presunción de precariedad. Como se ha visto, la jurisprudencia está muy lejos de aplicar la fórmula en sentido tan radical. Aunque se pruebe la entrega del objeto en posesión, no le basta con eso para estimar que deba presumirse el precario en vez de la propiedad. El art. 2.230 parece oponerse a ello, y más aún el 2.279, que no puede ni debe ceder sino ante la prueba de una obligación a cargo del poseedor; y no es éste ciertamente quien va a demostrar que es deudor en una relación contractual a cuya virtud está obligado a restituir. Su adversario, el mismo que le entregó la cosa, será quien en principio haya de demostrar que la entrega no se realizó en concepto de propiedad, sino únicamente con carácter de mero precario.

Ahora bien; esta prueba es a menudo dificilísima de aportar por el antiguo poseedor, sobre todo si suponemos que éste ha fallecido y han de aportarla sus herederos. El poseedor actual no dejará de invocar los propósitos liberales del finado y alegar que el objeto le fué regalado; quien pudiera desmentirlo no está allí para hacerlo. ¿Cómo efectuar la prueba en contrario, cómo ir contra la presunción de propiedad? De atenerse a estos principios rigurosos, se correría casi siempre el riesgo de despojar a los herederos en favor de un detentador irregular y acaso fraudulento.

Se sabe cuál ha sido el expediente a que ha acudido el Derecho francés, la jurisprudencia al menos, para huir de estos peligros. Declara, por lo general, que hay "posesión equívoca" (*); y como el art. 2.279 exige todas las

(*) [La doctrina patria no suele hacer mención de este vicio que la francesa llama de la *posesión equívoca*, y que existe, según dicen COLIN y CAPITANT, cuando "los actos de uso o de disfrute del pretendido poseedor no corresponden de una manera cierta e indiscutible al derecho de que él sostiene que constituyen la manifestación; en una palabra, cuando es posible explicarlos de un modo diferente, que no sea la pretensión de un derecho sobre la cosa" (edición española, t. II, vol. II, pág. 900).]

cualidades jurídicas obligadas en una posesión regular, se prescinde de aplicar en todo ni en parte la regla protectora que dicho precepto contiene, y se obliga al detentador actual a acreditar, con la prueba oportuna y suficiente, que ha obtenido la propiedad de la cosa.

104. *Caso en que sin haber fallecido el antiguo poseedor, el tenedor actual fuera mero instrumento posesorio.*—La situación sería la misma, aun no habiendo fallecimiento, si el poseedor actual se encontrara frente a la persona que le entregó el objeto. Entonces la pugna se entablaría entre ellos. Si se trata de individuos que vivían juntos, el carácter equívoco de la posesión no será, desde luego, menos frecuente que en los casos en que la cuestión se plantea después de morir el antiguo poseedor, porque casi siempre el detentador actual será una persona que estuviera, en mayor o menor grado, al servicio y bajo la dependencia del propietario. Si dicha persona tiene en su poder objetos que pertenecieron al dueño, la actitud posesoria que adopte a su respecto estará muy lejos de ser característica de su posible derecho sobre ellos, porque estos detentadores suelen estar en cierto modo en la situación de aquellos *Besitzdiener* a que se refiere el § 855 del Código civil alemán, y que no son sino instrumentos de la posesión en nombre ajeno, aun cuando en apariencia se presenten como poseedores en concepto de dueños. La independencia externa de su posesión se alía casi siempre con su posición subordinada respecto al propietario, con arreglo a cuyas instrucciones y a beneficio del cual actúan a modo de amos respecto a las cosas que aquél les hubo de confiar. De su aparente autonomía no puede, por tanto, deducirse ninguna presunción de un derecho propio que les pertenezca en forma exclusiva. Es lo que el Derecho francés califica de "posesión equívoca".

105. *Dificultad especial en la hipótesis de que no convivieran los dos interesados.*—En cambio, este sistema sería mucho más difícil de poner en marcha si se tratara

de personas que habitan y viven con independencia del individuo que les entregó el objeto litigioso. Claro es que podría haber también una situación "equívoca" si en el curso de la detentación hubiera vacilaciones en el carácter de la posesión misma, como si se hubiera comenzado, v. gr., por un depósito que no autoriza a utilizar la cosa y después se hubiese empezado a usar en beneficio propio a la manera del dueño. Por el contrario, no habrá equívoco posible si nunca varió el carácter de posesión autónoma e independiente; en este caso, se estimará que concurren todos los requisitos exigidos para la aplicación del artículo 2.279. Cuando el antiguo poseedor alegue que la entrega se verificó a calidad de depósito, deberá probar que el detentador actual posee sin título y está obligado a restituir: ésa es la condición que la jurisprudencia impone para prescindir de la regla formulada por el art. 2.279, o al menos para atenuar su aplicación. Y digo *atenuar*, mejor que *prescindir*, porque no se sabe bien si la acción a que aquél da nacimiento cuando el antiguo poseedor probó su derecho de crédito contra el detentador actual es únicamente la acción personal derivada del contrato (que no determinaría reivindicación mobiliaria alguna), o bien una acción personal que produzca ciertos efectos cuasi reales (y no quede sometida, por ejemplo, a las normas del concurso), o, finalmente, una verdadera acción real de carácter reivindicatorio fundada claramente en la desaparición completa y definitiva de la presunción del art. 2.279 (1). Sea lo que fuere de estas distinciones de procedimiento, lo positivo es que el antiguo poseedor podrá en una u otra forma hacer que le devuelvan su objeto, si bien habrá de probar para ello la falta de título de su contrario. Cierto que está en mejor situación que sus herederos, porque puede alegar circunstancias de hecho susceptibles de confirmar sus nega-

(1) Sobre todos estos extremos véase BUFNOIR, *Propriété et Contrat*, lección 24, págs. 367 y ss.

tivas y que sus sucesores hubiesen ignorado en la mayoría de los casos. Y no es que sus negativas tengan en materia de prueba un valor considerable, porque, en definitiva, en el conflicto suscitado ha habido error o mala fe. Hubo lo primero si los interesados se equivocaron respecto a la índole del título; entonces la afirmación del antiguo propietario declarando que sólo quiso constituir un depósito no tiene mayor importancia que la de su adversario, según el cual se le entregó el objeto a título de regalo. Se trata de saber si realmente hubo error, y, por consiguiente, si el título debe reputarse inexistente con este motivo. Y si hubo mala fe indiscutible, el antiguo dueño negará rotundamente la donación que hizo, a menos que sea su adversario quien pretenda haberse realizado una donación o venta que le consta no haber existido. Pero no es posible *a priori* dar la razón a unas alegaciones con preferencia a las opuestas: las negativas del primitivo propietario no mejorarán su posición por sí solas, sino que esto se logrará con las circunstancias de hecho que puedan venir a corroborarlas ayudando a la prueba que le incumbe, circunstancias que sin duda alguna hubiesen quedado ignoradas en caso de actuar los herederos; todo ello aun cuando se prescinda, por tratarse de prueba negativa, de las reglas rigurosas del art. 1.341 del Código civil (*).

Esta prueba, que de tal modo queda a cargo del antiguo propietario, no podría evitársele sino por el carácter precario o equívoco de la posesión de su contrincante; pero bastaría una posesión por su parte que fuera terminantemente a título de dueño para que se siguiera aplicando el artículo 2.279, al menos en el sistema seguido por la jurisprudencia. Y esa posesión en concepto de dueño podría

(*) [Prohibe dicho artículo la prueba testifical en los asuntos de valor superior a 150 francos. En Derecho español, el Código civil tiene un criterio mucho más tolerante con esa prueba, y sólo encontramos un principio prohibitivo, de alguna analogía con el de la legislación francesa, en el art. 51, apartado 2.°, del Código de Comercio.]

fácilmente realizarse si se supone que no hubo convivencia que permitiera a un depositario poco honrado alterar los papeles respecto a la prueba en caso de conflicto eventual. Porque ha de notarse, en efecto, que no se trata de interversión de título. No suponemos que se haya demostrado el carácter precario de éste y haya que probar su substitución posterior por otro. En este caso, el Derecho francés se muestra muy severo para atribuir un valor decisivo al cambio de actitud del poseedor: no basta con que públicamente actúe como propietario; es menester que exista oposición directa y rotunda con relación al dueño. Si se trataba de mobiliario confiado al poseedor actual y que éste haya utilizado a partir de cierta época, adornando, por ejemplo, sus habitaciones, nada de esto será suficiente para que, con respecto al depositante, se limpie de su carácter precario la posesión primitiva. En cambio, si lo que se discute es precisamente la existencia inicial de un título de precariedad, todas esas circunstancias características y reveladoras de la idea de propiedad bastarán para determinar una posesión regular, a tenor del artículo 2.279, y para poner a cargo del antiguo propietario, hoy reivindicante, la prueba contradictoria correspondiente.

Para que no sucediera así habría que interpretar la regla de que el art. 2.279 es inaplicable entre poseedores sucesivos, en un sentido general y tajante, como a veces lo hace la doctrina, pero no resulta ciertamente de la jurisprudencia; habría que decir que, una vez acreditada la sucesión directa entre los dos poseedores, el detentador actual ha de probar siempre su título de propiedad, aunque desde un principio hubiese actuado como dueño. Y quedaría por averiguar si, dado el sistema estrecho del Derecho francés en materia de prueba, serían de aplicación las reglas severas del art. 1.341, pues de admitirse esto resultaría que quien adquiere a título de dueño y no se provee de una prueba escrita queda expuesto, en las relaciones con el antiguo poseedor, a todos los riesgos que

entraña la simple negativa por parte de este último. Sin embargo, como quiera que lo corriente en materia mobiliaria es no redactar documento alguno, todo esto debería tener acogida lo mismo cuando se presenten posibles conflictos con el antiguo propietario que cuando surjan con relación a terceros.

106. *Necesidad de suprimir toda presunción legal en las relaciones entre poseedores sucesivos, a diferencia de lo que ocurre con respecto a terceros.*—Tal es la insoluble dificultad. En todo caso hay la posibilidad de un riesgo, el temor de un peligro. Estableciendo una presunción en favor de quien adquirió el objeto, se corre el albur de facilitar sus fraudes y mentiras para hacerse pasar por propietario. Estableciéndola en favor de quien entregó y trasmitió la cosa, nos exponemos—por el contrario—a consolidar y hacer que triunfen sus negativas fraudulentas si después de haber regalado o vendido aquélla quiere hacer creer que no medió sino un préstamo o un depósito. En una materia en que las pruebas escritas no son frecuentes, ni deben serlo en adelante, cualquier presunción de propiedad, en sus relaciones entre poseedores sucesivos, tendrá por efecto prejuzgar en uno u otro sentido una cuestión que las apariencias dejan completamente sin resolver, y se correría el riesgo de prejuzgarla con independencia de todas las circunstancias de hecho que en el caso pudieran concurrir. Esas circunstancias de hecho no pueden producir sino presunciones también de hecho, sometidas a la apreciación del juez, nunca una presunción legal que por fuerza ofrecería el inconveniente, inmediato e inevitable, de desconocer aquellas mismas circunstancias. Cosa diferente acontece cuando el conflicto se plantea respecto a un tercero que no trató con el poseedor actual: entonces no es cosa de determinar la naturaleza de un contrato celebrado con el detentador del objeto, puesto que entre ellos no ha podido existir vínculo contractual alguno respecto a los bienes motivo de disputa. En tal

caso es perfectamente legítimo que frente a terceros se presuma propietario al poseedor si éste—apartada toda cuestión relativa al título posesorio—se presenta aparentemente como dueño, sin que nadie, y muy en especial su causante, de quien procede su posesión, proteste contra su actitud de autonomía. No se discute entonces la existencia y naturaleza de un título que emanara del tercero reivindicante: la cuestión pendiente versa sólo sobre la índole y carácter de la posesión que el demandado ostenta. Justo es que este último disfrute, con relación a tercero, del beneficio que implica la actitud posesoria notoria y pública que hubo de adoptar y contra la cual nadie ha protestado.

En definitiva, el sistema seguido por la jurisprudencia francesa en materia de posesión equívoca viene, en la práctica, a quedar reducido a esta distinción. En las relaciones entre poseedores sucesivos se prescinde de las presunciones legales y no se tienen en cuenta sino las de hecho, nacidas de las circunstancias del caso, pues, en realidad, esto y no otra cosa es lo que se quiere decir cuando se habla de posesión equívoca y de eliminar la presunción del art. 2.279 por la dudosa conducta del poseedor.

107. *Planteamiento del problema en Derecho alemán.*—Acabamos de ver cómo se procede en Derecho francés con respecto a las relaciones entre poseedores sucesivos cuando el poseedor actual obra como propietario y el título de dominio le es discutido por su causante. En Derecho alemán no sucederán las cosas de modo diferente, en teoría al menos. Sin embargo, de hecho son algo distintos los resultados, porque el sistema germánico no tiene la flexibilidad de nuestra práctica judicial. Recordemos que no se ha acreditado el título precario con que se originó la posesión actual. No se ha justificado la relación de posesión mediata. Porque el poseedor actual haya poseído desde un principio a título de dueño ¿hemos de aplicar

las presunciones del § 1.006, con respecto al antiguo poseedor que entable la acción reivindicatoria? Al parecer, será casi imposible otra solución. En efecto; si el demandante plantea la cuestión en la esfera del derecho de propiedad, nos encontramos ante uno de tantos pleitos de reivindicación: el adversario podrá alegar en favor suyo la presunción que resulta de dicho precepto, y para privarle de esta ventaja será preciso justificar la existencia de una relación posesoria mediata, lo cual no se presume. Por el contrario, si el actor sostiene que la posesión de su contrincante fué precaria, nacida de un contrato de préstamo, arrendamiento o depósito, y en su virtud ejercita la acción personal correspondiente para pedir la restitución del objeto, también deberá el demandante probar la existencia del pretendido contrato: no basta con demostrar una sucesión, o, menos aún, una mera yuxtaposición de posesiones para que por ello se presuma un título de precario con preferencia a uno de propiedad. Y en todo caso, si alguna presunción se admite, ha de estar en armonía con el carácter de la posesión, que hemos supuesto se realizaba en concepto de dueño: doble razón, por tanto, para dar acogida a la presunción del expresado § 1.006.

108. *Inaplicación del § 932 en los conflictos entre enajenante y adquirente.*—A lo sumo, se nos podría objetar que la esfera de aplicación del § 1.006 ha de ser la misma atribuída al 932, ya que aquél tiene por finalidad suplir el justo título exigido por éste. Ahora bien; la adquisición de propiedad a que se refiere el § 932 es la que se efectúa con respecto a terceros, es decir, con relación al propietario reivindicante cuando la persona de quien emanó el título posesorio no era dueña de la cosa. Del 932 puede decirse, con mayor razón que de nuestro art. 2.279, lo de que no es aplicable a las relaciones entre partes: tiene igual alcance que el principio de la fuerza probatoria de la inscripción en materia de inmuebles. En el sistema del *Konsensprinzip*, que es el que ha prevalecido, la inscrip-

ción no basta para hacer propietario al adquirente. Así era desde luego en el sistema de publicidad integral de Hamburgo y Lübeck, donde la inscripción obraba como una resolución judicial y se le concedía, no sólo con relación a terceros, sino aun entre las partes interesadas, el carácter de un fallo, la autoridad de cosa juzgada. Pero ni fué éste el sistema prusiano de 1872 ni es el del Código civil alemán, en que la inscripción tiene un doble papel. En primer término, es elemento de trasmisión *erga omnes;* para que se trasmita el dominio, aun entre partes, no basta con un contrato real: hace falta la inscripción, siendo indiferente, por lo demás, la toma de posesión cuando se trata de inmuebles. Y en segundo lugar, y con respecto al tercero que adquirió de quien no era propietario, la inscripción da fe de que existía el derecho de su causante; de suerte que quien pacta con un propietario aparente, es decir, con quien tiene inscripción de dominio a su favor, aunque en realidad no sea dueño, adquiere la propiedad, incluso frente al verdadero amo, exactamente como si hubiera sido dueño auténtico de la finca el causante de quien deriva su derecho. Mas de ahí no pasa la inscripción, y por eso en las relaciones entre partes, y aunque ella haya sido condición esencial de la trasmisión, no tiene fuerza bastante para limpiar de posibles vicios el contrato mismo celebrado, requisito previo indispensable en el sistema del *Konsensprinzip.*

Lo mismo sucede con la posesión de bienes muebles, que viene a desempeñar también una doble función: de una parte es, en forma absoluta y *erga omnes,* condición indispensable de las trasmisiones, aun cuando no sea el requisito único que se necesite para éstas, pues aquí reina igualmente la teoría del *Konsensprinzip;* de suerte que la posesión *acompaña* al título, pero *no* lo *suple.* A la manera como el contrato no basta por sí solo para el traspaso, tampoco puede la posesión, por sí sola, aunque fuera de buena fe, substituir al contrato indispensable para la tras-

misión. En segundo término, y a favor de los terceros que adquieren *a non domino,* la posesión, por el mero hecho de existir a beneficio del enajenante, es una prueba de propiedad que equivale a la adquisición del dominio frente a cualquier posible reivindicante. Ahora bien; ni la posesión ni la inscripción van más allá; por eso no puede aquélla purgar los vicios del título de adquisición. De este modo, viene el § 932 a consagrar un modo de adquirir fundado en la fuerza probatoria de la posesión; y la posesión que así da fe de la existencia del derecho de propiedad no es la posesión del adquirente, sino la que él recibe de su causante (1). La posesión del adquirente hace fe en cuanto a la existencia del título, pero nada más; no es ella la que afirma cuál es el contenido del título mismo y del derecho a que se refiere. Este efecto de fuerza probatoria respecto a la existencia del derecho pertenece a la posesión del enajenante y es un resultado de ella. Tal es la economía del sistema alemán. De él se infiere con toda evidencia que el § 932 atiende únicamente al caso de pugna entre un poseedor o, mejor aún, adquirente de bienes muebles y un tercero que quiera reivindicarlos; mas no se refiere en manera alguna a posibles conflictos entre adquirente y enajenante.

Esto sentado, pudiera mostrarse uno inclinado a pensar que el § 1.006 tiene el mismo campo de aplicación, siendo su objeto suplir el título en favor del poseedor de buena fe.

109. *Amplitud de las presunciones del § 1.006. Alusión a la eficacia de la inscripción inmobiliaria.*—Sin embargo, sería preciso que esta restricción resultara del propio texto o de las discusiones de la segunda Comisión, y de esta doble lectura resulta precisamente todo lo contrario. La presunción de propiedad, según el § 1.006, es inherente a cualquier posesión en concepto de dueño. No se esta-

---

(1) Cf. a este respecto la segunda disposición del apartado 1.° de dicho § 932.

blece excepción a este principio más que si se prueba la existencia de una relación de posesión mediata, y en el caso que suponemos planteado no se ha hecho tal prueba. De otra parte, las razones expuestas en la segunda Comisión respecto a la innovación proyectada (innovación inspirada, por lo demás, en el § 305 del antiguo Código de Comercio alemán y en nuestro art. 2.279) son tan generales que no cabe más, y no se refieren sino a la idea misma de la posesión. Pareció equitativo y conforme a toda verosimilitud que quien posee como propietario sea tenido por tal hasta que lo contrario se pruebe, y así debe ser con respecto a todo el mundo. No hay por qué distinguir según que el conflicto se suscite por el precedente poseedor que entregó la cosa o que lo plantee un tercero. La carencia de prueba escrita no debe ser una desventaja para ninguna de las partes, ya que no es costumbre exigir un documento acreditativo del depósito, como tampoco es habitual que se reduzca a escritura el contrato de venta de muebles. Y siendo así, la situación de ambos interesados viene a ser igual en este aspecto. Por lo menos, si se quisiera admitir la existencia de una costumbre cualquiera en uno de ambos sentidos, más bien resultaría en favor de los documentos acreditativos de la posesión precaria. El que adquiere bienes muebles en concepto de dueño se siente protegido en cierto modo por su misma posesión, y no suele exigir prueba por escrito; pero el depositante o el prestamista, que no trasmiten la propiedad, sino la mera tenencia o disfrute, saben, por el contrario, que implica una amenaza para ellos la posesión de que va a gozar la otra parte, y por eso se exige a veces un título en tales casos. Al producirse, por tanto, discusión entre poseedores sucesivos y no poder aportar el antiguo poseedor ningún título que ponga a salvo sus derechos, ¿no cabe pensar que la posesión de su adversario constituye casi una prueba en su favor por partida doble? Sea de ello lo que quiera, si se rechaza este punto de vista y se estima que

la situación de ambas partes es igual por lo que respecta a la falta de título documental, siempre resultará que se prescinde con ello de un elemento, sin poderlo tomar en consideración en uno u otro sentido. No queda en pie más que un hecho: la posesión, que es precisamente el punto de que se trata. Y la posesión debe por sí sola hacer que se presuma la propiedad, favorezca a uno o a otro y opóngase a éste o a aquél. Tales son las ideas que, al parecer, prevalecieron en la segunda Comisión (1).

Por lo demás, si se sintiera uno inclinado a establecer comparaciones, como acaba de verse, entre el papel de la posesión cuando se trata de muebles y el de la inscripción en materia inmobiliaria, las consecuencias que se obtuvieran serían en pro de la amplitud y generalidad en las presunciones del § 1.006. Porque en cuanto a los inmuebles, y cuando se trata de la inscripción, hay una disposición análoga al citado precepto: el § 891, que aumenta las funciones asignadas a dicha inscripción (y expuestas más arriba), señalándole como una misión más la de fundar *erga omnes* una presunción de propiedad. Indudablemente, es por completo exacto sostener que la inscripción no tiene como efecto limpiar de vicios el título de adquisición o suplirlo, si falta, cuando se trata de las relaciones entre las partes interesadas. Lo cual es tan cierto en punto a la inscripción de inmuebles como respecto a la posesión de muebles con buena fe a tenor del § 932. Pero este punto de vista se refiere únicamente a la adquisición del derecho, no a la cuestión de la prueba; en aquélla, la inscripción no basta por sí sola para substituir un título válido (es decir, la cesión judicial del § 925) ni entre las partes interesadas ni con relación a terceros; y otro tanto acontece con la posesión de muebles realizada de buena fe y a tenor del § 932. Es ineficaz, tanto entre partes como respecto a terceros, según se ha visto, tan pronto se demues-

(1) *Protokolle*, t. III, págs. 382-383.

tre que faltaba el título de trasmisión o era nulo. Pero digámoslo una vez más: todo esto se refiere a la adquisición del derecho.

Cuando lo que se discute es precisamente si hay título y si se adquirió válidamente, es decir, cuando lo que se trata de regular es la carga de la prueba, tanto la inscripción como la posesión hacen que se presuma la existencia del derecho de propiedad. El propietario que ha inscripto su derecho puede reivindicar sin alegar otra cosa que la inscripción y sin necesidad de demostrar que pactó válidamente con el verdadero dueño celebrando el contrato solemne de trasmisión conforme al § 925. Y a la inversa, si contra él se entabla acción reivindicatoria, se presumirá igualmente que es dueño del inmueble el beneficiario de la inscripción; y ello ocurrirá aunque el actor en el pleito sea el propio enajenante e intente sostener que la trasmisión hecha era nula o anulable. Mientras se trate de la presunción de propiedad nada más, aquélla es eficaz y válida *erga omnes*. Ahora bien, esta presunción no es absoluta: su valor consiste en hacer que la carga de la prueba pese sobre el no poseedor que reivindica. Si éste logra acreditar la nulidad del título de cesión, podrá decirse con razón que la inscripción realizada a favor del poseedor actual no cubre los vicios de su título.

Véase, pues, cómo lo establecido en el § 891 acerca de la inscripción es aplicable a la posesión de muebles y al alcance que revisten las presunciones de propiedad resultantes de ella a tenor del 1.006. La simetría es completa.

110. *Situación privilegiada que en consecuencia resulta para el tenedor actual.*—La cuestión no ofrece dudas. Ahora bien; como va a faltar el recurso de la "posesión equívoca", resulta que el detentador actual gozará, con respecto al antiguo poseedor, de una verdadera presunción legal, o sea de una posición singularmente privilegiada: será necesario que su adversario practique una prueba

completa y él no tendrá que preocuparse de probar nada. Al fracasar el antiguo poseedor, perderá todo derecho a ulterior reclamación, porque si quisiera reivindicar la posesión con arreglo al § 1.007 habría de efectuar casi la misma prueba que para la reivindicación de propiedad, pues ya que no se le exigiera acreditar su derecho de dominio, tendría que demostrar la mala fe de su adversario o la trasmisión de posesión efectuada, y esto último es precisamente lo que se discute. En todos los casos, la prueba pesaría sobre él.

111. *Necesidad de mantener la presunción, por responder ésta a la realidad, aunque ello perjudique a algunos dueños imprudentes.*—No pudiendo los Tribunales alemanes entrar en consideraciones de hecho, que el Derecho francés permite mediante el expediente de la posesión equívoca, parecerá acaso que el sistema alemán es en muchas ocasiones más peligroso para los propietarios confiados que entregan un objeto mueble a terceras personas. En tales casos es muy raro, dígase lo que se diga, exigir un recibo. Supóngase que se presta a un amigo un objeto precioso o se autoriza para llevarse una obra de arte a alguien que quería examinarla: ¿quién exigirá un recibo en casos semejantes? Incluso en la vida mercantil ocurre a menudo que los comerciantes envían artículos a domicilio para que se pueda escoger, sin la precaución siquiera de que los géneros lleven una marca del establecimiento; o bien se trata de un objeto solo y se confía al cliente para que éste lo vea a su gusto, teniéndolo en su casa durante cierto plazo. El comerciante que en estas hipótesis reclamara un recibo se vería expuesto, sobre todo si el cliente era un antiguo parroquiano de la tienda, a que su conducta se interpretara como una muestra de desconfianza y el comprador se ofendiera. Verdad es que los comerciantes suelen saber lo que se hacen y no suelen dispensar este trato al primero que llega; si cometiesen una ligereza de esta clase fiándose de un desconocido, a nadie podrían quejarse;

no va el Derecho, para proteger a los imprudentes víctimas de sus propias culpas, a suprimir una presunción que en el noventa por ciento de los casos corresponde a la realidad; sería, además, dejar indefensos a todos los compradores de objetos muebles que hubieran de habérselas con un vendedor poco escrupuloso, capaz de tergiversar los pactos celebrados y de hacer pasar por un préstamo o un depósito las ventas perfectas realizadas anteriormente. En cuanto hay necesidad de escoger y exigir que uno de los interesados se proporcione un título (ya sea el que recibe la posesión cuando se trata de comprador, o bien el que entrega los bienes cuando sea prestamista), lo más conforme con la costumbre es que sean los prestamistas quienes hayan de exigir un recibo y no que los compradores hayan de exigir la celebración de la compraventa por escrito.

A pesar de todo, cabe que incluso cuando el prestamista, sabiendo con quién ha de habérselas, no cometiera imprudencia alguna, al haberse confiado a la buena fe del prestatario sin otra garantía eventual, puede suceder que por muerte de este último los herederos encuentren los bienes en el caudal relicto y quieran prevalerse de la posesión de su causante exigiendo al antiguo poseedor la prueba del préstamo o depósito, con lo cual, si esto último no se acredita cumplidamente, la presunción legal de propiedad les asegurará a aquéllos una posesión definitiva.

112. *Remedios que en Derecho alemán suplen la falta de un recurso como el francés de la "posesión equívoca".*— Nótese, de otra parte, que para admitir esa presunción el artículo 1.006 se conforma con que haya posesión actual y no se preocupa de si el poseedor de hecho tuvo o no el aspecto de poseedor en nombre ajeno: no habiéndose acreditado que su título fuera de precariedad y estando él actuando de momento como propietario, se aplica el § 1.006. Sería éste uno de los casos en que la jurisprudencia francesa se fija en las oscilaciones de la posesión y en

los cambios de actitud, y declara *equívoca* la posesión, obligando al poseedor a que aporte la correspondiente prueba. En Derecho alemán, sin embargo, no cabe tal recurso.

Cierto es que el sistema germánico ofrece la solución del § 855 para el caso más importante, el que ha dado motivo en Derecho francés a tan numerosas aplicaciones de jurisprudencia, o sea el caso de convivencia de ambos interesados y subsiguiente aspiración del detentador a hacerse pasar por dueño al morir el antiguo propietario. Casi siempre el detentador será uno de aquellos *Besitzdiener* cuya detentación no equivale *a priori* a posesión. El Derecho francés diría que la posesión es equívoca; el Derecho alemán declara que no hay posesión. Si el detentador sostiene que poseía la cosa, aun en vida del antiguo dueño, en virtud de un título independiente, como cosa propia, él deberá aportar la oportuna prueba, llena de peligros para él, ya que en la mayoría de las ocasiones conducirá a hacerlo sospechoso de robo. De aquí que el Derecho alemán ofrezca un recurso, tan eficaz por lo menos como el expediente francés de la posesión equívoca, para el caso de convivencia de poseedores en que el detentador actual no hubiera sido sino un instrumento posesorio del antiguo dueño.

Ninguna solución más práctica para esta hipótesis, de aplicación perfectamente delimitada por lo demás. Pero si el poseedor no entra en el cuadro de las personas a que se aplica el § 855, el remedio nos falta, mientras que la solución ofrecida en Derecho francés con la teoría de la posesión equívoca es de una aplicación lo más general posible. No es difícil que en tales ocasiones haya otras personas sospechosas que, por lo común al menos, y por su situación, no conviven con el antiguo dueño y que desde luego no son de las comprendidas en el § 855, a pesar de lo cual, y aun habitando aparte y con independencia, inspiran tan poca confianza que con razón ve la jurisprudencia francesa un elemento de posesión equívoca en sus rela-

ciones con el difunto. No sucedería lo mismo en el Derecho alemán.

113. *Exageración y peligros que entraña el sistema francés de la "posesión equívoca"*.—No quiere decirse con esto que el sistema francés, aunque resulte más flexible que el germánico, sea irreprochable en absoluto y merezca sin retoques la consagración legislativa. Tiene, ante todo, en su contra el ser esencialmente empírico y ocultar, so capa de ciertas nociones que pretenden ser rigurosamente precisas, un principio de verdadero arbitrio, cosa que debe decirse abierta y terminantemente cuando se es partidario de la libre apreciación judicial. En vez de hacerlo así, se enuncia la idea de *posesión* "equívoca" cuando en realidad, y según acaba de verse, lo único "equívoco" serán las relaciones que mediaron entre el detentador actual y el antiguo propietario, que suponemos muerto o desaparecido. Ni la posesión ni su carácter ofrecen duda; las suscita la garantía misma que la posesión puede procurar como base de una presunción de dominio, dadas las circunstancias del caso. Tanto valdría decir que la presunción deja de ser una presunción legal para convertirse en presunción de hecho sometida a la apreciación del juez.

Además, en las ocasiones precisamente en que se tiene que acudir a la declaración de posesión equívoca, ¿no rebasan las consecuencias derivadas el fin mismo que se perseguía? Es un sistema desventajoso y exagerado con mucho para el detentador, a quien se califica de sospechoso. Porque, en definitiva, lo que la jurisprudencia francesa se ve obligada a hacer en tales casos es prescindir totalmente del art. 2.279 en sus dos grados de aplicación. Esto significa que la carga de la prueba se desplaza y que únicamente el poseedor habrá de probar algo, a saber: un título de propiedad. Su adversario, el antiguo poseedor, se presume que continúa siendo propietario: no tiene que demostrar el concepto en que entregó el objeto ni el carácter

precario de la relación jurídica creada por él. Su papel es meramente pasivo: toda la carga de la prueba incumbe al detentador. ¿No es ir demasiado lejos?

114. *La equiparación del poseedor precedente con los terceros en punto a la carga de la prueba.*—Desde el punto de vista legislativo, ¿no sería lo más seguro y conforme a equidad prescindir en absoluto de presunciones legales en ningún sentido tan pronto como el reivindicante probara haber entregado el objeto, o sea que entre él y el poseedor hubo sucesión directa de posesiones? Nos acomodamos harto fácilmente a la idea de que en un proceso es preciso que la prueba incumba a una de las partes tan sólo y que la otra no tenga papel alguno que representar en esta materia. Con gran frecuencia, por el contrario, las circunstancias son tales que resultaría temeraria la ley al dar la preferencia a una de las partes en punto a la prueba mediante presunciones que sujetaran al juez. Si respecto a la prueba, y a las presunciones que de ella derivan, la situación de ambas partes es igual, ¿por qué no admitir que ambas hayan de probar, por todos los medios posibles, sus respectivas pretensiones? Y en consecuencia, ¿cómo no dejar que el juez, mediante simples presunciones de hecho, ninguna de ellas impuesta de modo obligatorio por la ley, resuelva libremente cuál de los interesados probó mejor y más cumplidamente la procedencia de sus pretensiones?

Parece, pues, que si hay alguna situación en que esté indicada la igualdad, o, si vale la frase, la *neutralidad absoluta entre las partes con relación a la prueba*, es, desde luego, ésta que examinamos. Se ha de observar que al antiguo poseedor se le exige ya una prueba primera, y que a menudo será delicada, puesto que ha de acreditar la trasmisión posesoria y la existencia, no sólo de mera yuxtaposición, sino de sucesión directa. La yuxtaposición de posesiones implicaría robo, extravío o abandono, lo cual supondría que las dos posesiones se han sucedido

directamente y sin intermediario, pero sin que hubiera entrega voluntaria por parte del poseedor precedente. Este se habría visto privado de su posesión sin haberlo querido. En general, se tratará de verdadera pérdida, y entonces la cuestión varía por completo: si el antiguo poseedor consigue presentar esta prueba, se hallará amparado por la excepción que autorizan el Derecho francés y el alemán, y podrá reivindicar contra cualquier poseedor, aunque sea de buena fe. Cabe suponer que no hubo pérdida, sino abandono de la posesión, y será también una de las hipótesis de yuxtaposición posesoria; pero, bien entendido, con ello no se justificaría la supresión, en provecho del poseedor actual, de cualquiera presunción legal fundada en su posesión. Habría incluso algo más que una presunción legal, porque en semejante caso, mediando un abandono voluntario, seguido de toma de posesión, esto constituye un modo de adquirir perfectamente regular, a saber, la ocupación: es la prueba de un título de propiedad.

Dejemos ya a un lado todas estas hipótesis y examinemos el caso de sucesión directa en la posesión. El antiguo poseedor no alega o no prueba que hubiese pérdida, sino que declara haber cedido él la posesión y entregado el objeto al poseedor actual. De suerte que él es quien ha de proporcionar esta prueba, que en la práctica obligará, las más de las veces, a referir las circunstancias de hecho que explican y detallan esa entrega de posesión, lo cual equivaldrá casi siempre a probar simultáneamente la naturaleza del título jurídico que la haya determinado. Pero si esta doble prueba no se practica como una sola; si únicamente se demuestra que el actual reivindicante fué quien trasmitió la posesión, ¿por qué imponer de oficio y en todos los casos esta nueva prueba al antiguo poseedor? Ya ha tenido que justificar dos cosas: que era propietario del objeto, puesto que se trata de una acción reivindicatoria (prueba que resulta más fácil por la presunción unida a su antigua posesión), y además, que él fué quien proporcionó la posesión de los bienes a su adversario. Acreditado esto, ¿por qué se ha de presumir forzosamente que si cedió la posesión fué para desprenderse de la totalidad de sus derechos? ¿Por qué no había de abandonar tan sólo una parte de ellos? ¿Es conforme a verosimilitud presumir el abandono total cuando con igual razón se puede presumir un simple abandono parcial? La razón única que puede inclinar en el sentido de la presunción más grave, procede de los usos que se siguen en materia de prueba por escrito. Tratándose de bienes muebles, no se suele proporcionar documento a los compradores y donatarios, a los adquirentes en general de la propiedad, porque se considera que les basta con su posesión. Es tan precaria la conservación de tales bienes; es tan fácil a quien los detenta el enajenarlos en un momento dado y substraerlos a quien confió su posesión a tercera persona, suponiendo que se hubiera reservado la propiedad, que resulta inverosímil presumir, salvo cumplida prueba en contrario, que quien se deshace voluntariamente de un objeto mueble no haya recibido el precio o no haya pretendido realizar una donación irrevocable. Si, yendo contra lo verosímil, quiso continuar siendo propietario y se expuso a todos estos riesgos de pérdida definitiva, debió —y no lo hizo—precaverse pidiendo previamente el oportuno recibo al nuevo poseedor. Así quedaría acreditado el préstamo o el depósito. Por tanto, se dice, nada tan legítimo como presumir el abandono total, en vez de uno parcial, cuando se trate de muebles. Hay que mirar al poseedor precedente como un tercero cualquiera, un poseedor antiguo que se titulara todavía dueño del objeto sin tener sobre él posesión inmediata; hay que imponerle la carga de probar lo contrario, de combatir la presunción de propiedad que se eleva en su contra. La situación —diríase para terminar—debe ser la misma para todos.

115. *Inexactitud de semejante equiparación.*—Y, sin

embargo, la situación es muy diferente. Con respecto a un tercero que no trató con el poseedor actual, lo que se debate no es el título de adquisición, sino su contenido, la existencia misma del derecho de propiedad a favor de la persona de quien adquirió el poseedor. Si su causante no era dueño, el título emanado de él pierde valor y resulta indiferente por completo frente al verdadero propietario, actor en la reivindicación. Con relación a éste, se trata de averiguar en qué condiciones le privará la ley de su propiedad para reconocérsela al actual poseedor, y esto viene a convertirse en mera cuestión de protección debida a la buena fe del detentador; su buena fe es la que ha de servirle de título de dominio. En este caso no hay por qué tomar en consideración el título aparente, dimanado de quien entregó la cosa al actual poseedor, sino tan sólo en la medida en que sus especiales circunstancias sirvan para calificar o corroborar la buena fe de quien había creído adquirir el objeto.

Pero sucede cosa muy distinta cuando el problema surge entre poseedores sucesivos. Quien trasmitió la posesión era propietario de los bienes, o al menos su adversario no discute este punto, pues se abstiene de suscitar la cuestión de propiedad. Lo que se controvierte no es la existencia del derecho, sino la existencia del título mismo que a él se refería. Existiendo un título aparente que se reputa nulo o irregular, nada tan lógico como imponer la carga de la prueba a quien invoque su nulidad. Pero el caso es que ni siquiera se sabe si hay título o no, ni se conoce su naturaleza: ése es el problema. No cabe decir que, en lo relativo a la prueba, se ha de tratar a este poseedor, que es el causante mismo del poseedor actual, como se trataría a un tercero cualquiera que reivindicara los bienes en concepto de dueño y no tuviera con su contrincante vínculo contractual de ninguna especie.

116. *La reivindicación en este caso no coincide con la acción ejercitada para pedir restitución del objeto.*—

Acaso se diga todavía, prosiguiendo las objeciones, que en estas hipótesis la reivindicación intentada por el antiguo poseedor se confunde con la acción que se entabla para pedir la restitución del objeto a virtud de un contrato, y que quien alega un derecho de crédito debe probar su existencia. Pero este razonamiento es muy inexacto, porque quien ha probado su derecho de propiedad no necesita probar, además, ningún derecho de crédito establecido a su favor para que se le devuelva el objeto de su dominio, hállese en manos de uno o de otro, ya que precisamente esta facultad de perseguir la cosa constituye el corolario obligado del derecho de propiedad.

117. *La presunción de propiedad en cuanto mera presunción "de hecho".*—De todos modos, preciso es que volvamos a la verdadera y única cuestión, que consiste en saber si en la vida usual ha de imponerse a aquellos propietarios de bienes muebles que no trasmitan sino su disfrute, la obligación de exigir un recibo, con lo cual habrían de quedar mejor a cubierto los compradores y donatarios que adquieren el dominio, y con respecto a los cuales no rezaría semejante obligación, como es natural. Se trata de averiguar si al suprimir la presunción derivada de la posesión, en las relaciones del poseedor con su causante, se corre el riesgo de quitar a la posesión aquella seguridad que le es debida y de obligar a los compradores a procurarse un título escrito que les defienda, no de los terceros, sino de una posible reivindicación instada por el mismo vendedor.

En efecto, eso es lo que acontecería al suprimir la presunción favorable al detentador de los bienes y volverla contra él, al obligarle a que él, y nadie más, tenga que probar su título de propiedad, sin que el demandante tenga en cambio que demostrar nada. Pero si el detentador ha de acreditar que ha llegado a ser propietario, el actor debe lógicamente justificar que sigue siendo dueño, y más aún: el demandante debe probar la precariedad del título

que medió en sus relaciones con el demandado, en vez de probar éste el carácter traslativo del mismo. Y en este conflicto de pruebas, la posesión en concepto de dueño, sobre todo si nació ya con esa calidad, viene a constituir en opinión del juzgador una presunción de hecho que conserva todo su valor y que, en definitiva, ha de prosperar si el actor no puede alegar en su favor otras de más fuerza. Lo único que hay es que tal presunción no será una presunción "de derecho" que se imponga al juez y que éste haya de acatar aun cuando haya formado desde un comienzo la firme convicción de que el detentador es una mala persona que se guarece tras las dificultades de prueba de su adversario para conservar con carácter irrevocable una posesión de índole precaria.

118. *Resumen comparativo del Derecho francés y el alemán en este particular.*—En suma, como se ve, semejante sistema no sería sino la aceptación de los procedimientos, un tanto empíricos, de la jurisprudencia francesa, pues vendría a recoger aquella flexibilidad y elasticidad que en este punto dan precisamente la preferencia a nuestra práctica jurisprudencial sobre la rigidez del Derecho alemán. Sólo que, en vez de disimular los libres poderes de apreciación de los Tribunales, se les otorgaría consagración legal, lo cual sería más claro. Y sobre todo no se correría el peligro de sacrificar desmesuradamente los derechos del poseedor, como hace el sistema francés cuando se declara que es "equívoca" la posesión (declaración que suele realizarse bajo el influjo de circunstancias totalmente extrañas a la posesión propiamente dicha). Ahora bien; admitida la existencia de un vicio en la posesión, es la posesión misma la que debe dejarse a un lado como medio de prueba: el detentador se ve así en la necesidad de justificar su título, sin que el antiguo dueño tenga nada que probar, por lo demás. ¿No es más equitativo admitir que, aun no siendo la posesión prueba plena o legalmente suficiente, debe tenerse aún en cuenta, como

presunción de hecho, poniendo a ambas partes en un pie de igualdad? Cada uno que pruebe lo suyo. El juez resolverá.

* * *

119. *Conclusiones desde el punto de vista legislativo.*—Si quisiéramos condensar las conclusiones que desde el punto de vista legislativo arroja este largo estudio, fácil nos sería ver que la preferencia corresponde al sistema francés tal como resulta de la actual jurisprudencia, en líneas generales y salvo algunos retoques fáciles de indicar.

La separación fundamental que es obligada consiste en distinguir bien dos hipótesis muy diferentes: 1.ª, caso en que se discute el derecho que el poseedor creyó adquirir, y del cual carece porque quien pretendió trasmitírselo no era su titular; y 2.ª, caso en que no se discute la existencia del derecho, sino el título de adquisición que mediara entre las partes interesadas. En último término, y según ha podido apreciarse en el desarrollo del presente trabajo, esto equivale a distinguir dos grupos de casos: unos, en que el conflicto se suscita entre el poseedor y un tercero, que es el verdadero propietario, pero no trató con el poseedor actual; otros, en que la cuestión se plantea entre el poseedor anterior y el actual, que derivó de él su derecho. En esta última hipótesis, lo que se discute es el título que medió entre ambas partes, único problema que se ha de resolver. En los otros casos, como la cuestión de título era extraña a las relaciones entre poseedor y reivindicante, lo que se ventila es el contenido, la existencia misma del derecho.

120. *La cuestión del justo título desde el punto de vista legislativo.*—Si examinamos en un principio esta última hipótesis, que es la normal a que se refiere el artículo 2.279, ya se recordará por qué el sistema francés, que basa la adquisición únicamente en la posesión de

buena fe, es preferible al sistema que exige además la concurrencia de justo título. Este es más lógico a primera vista, y también está más en armonía con los sistemas de publicidad en materia hipotecaria, pues parece, en efecto, que no se deba premiar al poseedor precisamente por haber tratado con quien no era propietario, otorgándole mayores ventajas que si hubiera pactado con el dueño mismo; y si en estas circunstancias no hubiera adquirido la propiedad más que teniendo un título válido, ¿por qué dispensarle de él cuando contrató con quien sólo en apariencia era dueño del objeto, ni cómo defenderle contra el auténtico propietario que ha acudido a la reivindicación? Si se restituyera la posesión a quien la había trasmitido, como normalmente debiera hacerse, ya que el título emanado de él se supone nulo o anulable, el verdadero dueño saldría gananciosо dirigiéndose contra ese antiguo poseedor, que ha recobrado el objeto. No hay necesidad, por tanto, de que su acción vaya a depender del capricho de ese antiguo poseedor, a cuyo arbitrio queda hacer que se anule o convalide el título en cuya virtud se desposeyó de los bienes; sobre todo, si se tiene en cuenta que se ha desentendido del asunto y puede sentirse tentado a dejar la posesión a su causahabiente para perjudicar los derechos del propietario. El poseedor actual debe recibir el mismo trato que si el problema hubiera surgido con respecto a su causante: no adquiriría entonces nada, pues su buena fe no sería bastante para borrar los defectos de su título de adquisición. ¿Por qué, pues, su buena fe, sin más, va a convertirle en dueño del objeto, con menoscabo de quien a él tiene derecho? Tal es el sistema alemán, expuesto en toda su lógica, que, desde luego, convence y atrae.

Y, sin embargo, ¿no se echa de ver que hay algo inquietante, desde el punto de vista de la seguridad del poseedor de muebles, en esa solución? ¿No puede implicar perturbación eso de que un tercero impugne los vicios de un título en cuya constitución no intervino y se arrogue el derecho de invocar relaciones contractuales en las que tampoco fué parte? Claro es que no se le autorizaría para alegar sino las causas de nulidad absoluta y se le prohibiría invocar los motivos de anulabilidad, sometidos a la exclusiva apreciación de quien estipuló el acto. Pero ¿no es precisamente en esos casos donde hay que temer más a los regateos y los fraudes? ¿No sería más sencillo, admitida la premisa, declarar en todos los casos y sin distinción que el justo título no es por sí solo una condición de la adquisición de buena fe? Eso no significa tampoco—sería cuestión totalmente distinta—que nunca hubiera de tenerse en cuenta la carencia de título de adquisición o los vicios que lo invaliden. El fundamento de la adquisición en materia mobiliaria es la posesión de buena fe tomada en sí misma. Este es el principio. Sólo que se trata de buena fe entendida latamente; y a propósito de la buena fe es como habrá de tomarse en consideración el título mismo, desde el punto de vista y en el respecto que vamos a indicar.

121. *La posesión como prueba plena y como título de trasmisión en el Derecho francés.*—El punto importante y que conviene poner de relieve es fijar la noción que ha de servirnos como fundamento principal y exclusivo de la adquisición hecha de buena fe en materia mobiliaria. No se trata de que la posesión sea solamente lo que la inscripción en la esfera inmobiliaria, es decir, un elemento de prueba legal absoluta. Gracias al principio de la fuerza probatoria, la inscripción en el Registro hace prueba plena del derecho que revela, y, por consiguiente, quien adquiere el derecho consignado en la inscripción adquiere un derecho que se le garantiza de un modo irrevocable, aun cuando no hubiera pertenecido al causante y aunque la inscripción estuviera equivocada. Ahora bien; la inscripción no pasa de ahí; constituye una prueba del derecho trasmitido, pero no suple el medio de trasmisión;

de suerte que quien adquiere el derecho amparado por la inscripción es necesario que tenga como base de apoyo un título de adquisición válido en sí mismo, independientemente de su contenido. Ya se vió cómo el Derecho alemán se coloca exactamente en el mismo punto de vista con respecto a la posesión cuando se trata de muebles, pues le otorga—con relación a enajenante y adquirente—el mismo efecto de fuerza probatoria que tiene la inscripción, pero no le confiere ningún otro. Así es que la posesión constituye prueba del derecho que se desea trasmitir, pero no reemplaza a los medios formales de trasmisión.

Muy otra es la idea que el Derecho francés se forma del papel de la posesión en materia de bienes muebles. Le interesa menos apreciar sus efectos en quien trasmitió estos bienes—para ver una prueba de la existencia de su derecho—que apreciarlos en quien adquirió el objeto —para hacer de la posesión, al menos frente a terceros, un verdadero título de trasmisión—. Es decir, le atribuye frente a terceros misión análoga a la que el Derecho de Hamburgo atribuía a la inscripción, que era no sólo una prueba absoluta del derecho trasmitido, sino título de trasmisión inclusive; el contrato le servía de causa jurídica, pero no entraba en el cuadro de los elementos de la trasmisión. Por análogo modo, la posesión en Derecho francés opera por sí misma la trasmisión con respecto al dueño, por lo menos cuando el poseedor adquirió de quien no era propietario.

Y no se diga que según sea quien reivindique la cosa así se obtendrá uno u otro resultado, pudiendo ocurrir que el poseedor haya adquirido por la simple posesión, o bien por efecto del título, de modo que haya llegado a ser propietario con relación a unos y no con respecto a otros. Esta sería una manera muy falsa de exponer el sistema francés. No hay en cada adquisición dos maneras de ser propietario: lo único que hay, según las circunstancias,

es dos procedimientos distintos de adquisición, lo cual nada tiene de extraño. Hay un procedimiento de adquisición para quienes adquieren del verdadero dueño, a saber: el procedimiento del justo título; pero, además, hay otro procedimiento para quienes adquieren del que no era dueño, y este medio es la posesión de buena fe. ¿Para qué tener en cuenta el título en este último caso si se trata con persona que no estaba autorizada para dar consentimiento y crear un título adquisitivo? Ni, tampoco, ¿a qué ocuparse de las relaciones contractuales que hayan podido existir entre el adquirente y su autor si éste no podía disponer de la cosa, y frente al verdadero dueño no tendría valor alguno un contrato así estipulado? Los elementos de la adquisición no han de buscarse en las relaciones entre el poseedor y su causante, sino en la posición jurídica de aquél, en su calidad de poseedor, considerada únicamente en él, de un modo unilateral en cierto sentido, y vista con respecto al auténtico propietario. Tan sólo la posesión del adquirente, fundamento de su derecho de propiedad, ofrece apoyo adecuado, y por los factores que hace presumir en la base de su adquisición, por la certidumbre que ha creado, y, finalmente, por la utilización material que proporciona, nos induce a reconocer para siempre la existencia de un derecho de propiedad, sin más condición que una sola: la de que haya mediado buena fe; es menester que el poseedor haya podido creer legítimamente que era propietario y que su convicción, junto con el uso personal de la cosa, haga superior su posición a la del primitivo dueño. Esto ocurrirá, desde luego, inevitablemente, cuando este último hubiera sido el que puso en circulación el objeto, lo cual supone la negación de la excepción relativa a las cosas robadas y perdidas. En una concepción de este género, el fundamento de la adquisición no es de ningún modo—como en el § 932 del Código civil alemán—el título de adquisición, unido a la creencia del derecho que no existe y tal como

se deduce de la posesión del enajenante. En otros términos: la posesión que interesa a estos efectos no es la del trasmitente, ni se ha de examinar con relación a él como elemento puramente accesorio del título de enajenación; es la posesión adquirida por quien recibe los bienes, y realizada por él, no sólo como manifestación de su derecho de propiedad, muestra externa de su intención de ser propietario, sino también como la primera y principal justificación del derecho mismo, a la manera de la prescripción que funda y crea *ex novo* la propiedad. Y eso es lo que se ha querido indicar al incluir el art. 2.279 en el título referente a la prescripción.

122. *Razón de la diferencia entre la esfera mobiliaria y la inmobiliaria respecto a la protección de terceros.*— Y si se pregunta cuál es la justificación racional y práctica de esta diferencia tan profunda entre el sistema de protección de los terceros de buena fe en materia mobiliaria y en materia inmobiliaria, fácil será ver que es inherente a la naturaleza misma y a la función económica de la propiedad mueble, a los procedimientos de circulación rápida que implica, a la seguridad que exige y a la necesidad de garantizarla a base de elementos externos, visibles y sencillos, sin que sea preciso exhibir título ni hagan falta investigaciones complicadas, a que el comercio no se podría acomodar. Es indispensable que quien adquiere de buena fe bienes muebles quede salvaguardado en lo posible de las pesquisas de terceros con respecto al origen de su posesión. Se comprende por qué esta cuestión es la única que cabe discutir cuando el conflicto se produce entre el poseedor y su causante, creador de su título; nada más lógico ni más equitativo. Pero cuando un tercero, extraño al título adquisitivo, formula reivindicatoria a base únicamente de su propiedad, es preciso que el adquirente de buena fe quede a cubierto de pesquisas y rebuscas respecto a un título de que faltan pruebas seguras, y cuya validez o ineficacia no podrá declararse sino con vista de testimonios siempre dudosos. Al ser la propiedad lo que se ventila, lo único que se le puede oponer es aquel elemento más cercano y parecido, a saber: la posesión. La pugna se entabla entre propiedad y posesión: ya no se trata de una cuestión de título: se trata solamente de determinar qué garantías habrá de ofrecer la posesión desde el punto de vista de la buena fe, para que pueda desalojar a la propiedad. Es muy posible que, aun examinado el problema en el terreno de la buena fe, haya de tomarse en cuenta el título, pero en sí mismo éste debe quedar fuera del debate.

123. *Posibilidades de subsanación a favor del poseedor de buena fe que adquirió "a non domino".*—Cabe añadir, por último, y es un principio que sirve de punto de partida al Derecho alemán lo mismo que al francés, que, en atención a la buena fe, la situación del poseedor de muebles debe ser igual que si hubiese tratado con el verdadero dueño. Sobre este principio se basa la conclusión, deducida en casos de nulidad de título, de que el adquirente, cuyo derecho se invalidaría si hubiera pactado con el dueño auténtico, debe igualmente, y con mayor razón, verse privado de la propiedad cuando contrató con un falso propietario y luego se presenta el verdadero. Ahora bien; si su causante hubiese sido el auténtico dueño, ¿no hubiera podido éste renunciar a la posible declaración de nulidad, o subsanar los defectos del título de adquisición? ¿No hubiera tenido el poseedor alguna probabilidad de arrancarle un nuevo título, o una transacción, un arreglo cualquiera que hubiera permitido al poseedor conservar su propiedad? Pues bien: se le deben garantizar las mismas posibilidades, las mismas ocasiones de probable solución, si se quiere que su situación sea exactamente la que hubiese sido en caso de tratar con el verdadero dueño.

124. *La posesión como mera presunción en las relaciones "inter partes".*—Se comprende sin dificultad que,

de mantenerse este criterio, la distinción aquélla, tan jurídica y tan precisa, formulada por el Derecho alemán, entre la cuestión de "adquisición de buena fe" y la cuestión de la "prueba y presunción" (esta última considerada en cuanto a los elementos de la propia adquisición) es inaplicable cuando la posesión se efectuó *a non domino* y el conflicto se plantea, no entre partes, sino con respecto a un tercero reivindicante. Es que entonces no hay otro elemento de adquisición que la posesión misma, y, por consiguiente, el elemento de hecho, que daría origen a la presunción si aun quedase algo que probar, viene a ser la propia condición, exclusiva y única, de la adquisición ya realizada.

En su virtud, no cabe hablar de "presunción" más que en las relaciones entre las partes contratantes, o sea cuando la posesión—por no ser un modo de adquisición por sí—quede reducida a la tarea de proporcionar, si es que procede admitirla, una presunción legal.

125. *La definición de la buena fe desde el punto de vista legislativo.*—Si la buena fe viene por sí sola a constituir el elemento que da a la posesión todo su valor de adquisición, importa mucho interpretarla de la manera más amplia y menos restrictiva. El principio que suele admitirse afirma que "la posición jurídica del poseedor debe ser exactamente la que hubiera tenido si hubiese contratado con el verdadero dueño", y el principio que consideramos preferible implica una pequeña variante, a saber: "la posición jurídica del poseedor debe ser exactamente la que él creyó obtener pensando con toda sinceridad y confianza". Porque es que nos hallamos en presencia de una materia que, ante todo, es una cuestión de crédito, acaso exclusivamente. El derecho habrá de modelarse sobre la base de aquella fe que es obligada en las relaciones mercantiles, y tomar como punto de partida lo que legítimamente y con plena honradez comercial entendió adquirir el poseedor: el contenido de su derecho se

medirá por el de su propia confianza, siempre que ésta sea conforme a la lealtad mercantil. No hay otra fórmula posible: se habrá adquirido lo que legítimamente se creyó adquirir.

Pero para que así ocurra es menester que real y honradamente se haya creído que se adquiría. No basta haber creído que se trataba con el verdadero propietario; es una concepción demasiado restringida de la buena fe. Es preciso que el poseedor haya creído que se cumplían, por su parte, todos los requisitos necesarios para una adquisición perfecta, y, por tanto, que creyera tener título, y título válido. No se obra de mala fe, como caso único, cuando se contrata con un propietario supuesto, que especula con derechos ajenos; también hay mala fe cuando se tiene conciencia de que no existe procedimiento legítimo de adquisición que permita aparecer como propietario frente a la persona de quien se tiene el objeto, o, finalmente, cuando se sabe que el título existente tiene defectos que lo hacen irregular y, sin embargo, no se desiste de utilizarlo. Quien creyó adquirir del verdadero dueño, pero empleó para efectuar la adquisición procedimientos irregulares, o tuvo noticia de que su título era nulo o ineficaz, no puede llamarse a engaño si se le exige luego que restituya el objeto. Debía saber que no lo poseía legítimamente. Ya no estamos en presencia de un problema de crédito, y en cuanto éste queda a un lado no hay razón ya para sacrificar los derechos del propietario ante las pretensiones de un poseedor irregular.

Más aún: aparte de no limitarse la buena fe a la existencia de los derechos que se pretendió adquirir, y de ser necesario extenderla a lo referente a la eficacia del título adquisitivo, preciso es que su concepto no se limite tampoco a la consciencia de la irregularidad cometida: al conocimiento de los defectos o vicios que hayan mediado debe asimilarse el hecho de haberlos ignorado a causa de negligencia crasa. Quien tenía motivos de sobra para saber

que el vendedor no era propietario o que no tenía facultades para disponer de la cosa, y no hizo, sin embargo, nada por enterarse bien, faltó a todas las reglas de diligencia que integran el concepto de la lealtad mercantil. No puede sostenerse que le ampare la buena fe. No hay por qué tener en cuenta su ignorancia ni los riesgos a que le ha expuesto. Quien así obró no merece que sean tomados en consideración sus intereses. El crédito comercial no queda afectado en cuanto la lealtad mercantil se esfuma.

126. *Conveniencia de una posición intermedia que sólo tenga en cuenta los motivos de recelo realmente fundados.*—Esta doble extensión de la idea de la buena fe permitiría mantener la base esencial del sistema francés y dar satisfacción a las exigencias más importantes que se propone atender el Derecho alemán. En efecto, siempre que la actitud del poseedor resulte notoriamente sospechosa a consecuencia de la carencia de título o de su nulidad, cabrá el recurso de alegar que procedió con ignorancia culpable, o incluso con positivo conocimiento de la irregularidad que viciaba su adquisición. Naturalmente, el actor no podrá acreditar de modo indiscutible que su adversario conocía la falta de derecho en su causante; pero podrá demostrar que el título invocado por el poseedor es un título simulado, una venta aparente, una falsa donación. En el sistema francés habría que claudicar ante el poseedor, ya que no se pudo probar su mala fe, porque se supone que desconoció la falta de derecho de su causante y la posesión fué siempre en concepto de dueño. Nada más cabe pedirle, toda vez que el sistema francés no exige justo título ni permite siquiera al reivindicante probar la carencia de él. En el sistema alemán hay, es cierto, presunción de título; mas el demandante puede practicar prueba en contrario, y, por lo demás, en todos los casos en que se demuestre que el título era aparente o nulo se estima que sin reserva ni distingos de ningún género, y

a pesar de la buena fe del poseedor, la adquisición no llegó a efectuarse y el propietario recobra sus derechos. Esto es pasar de un extremo al otro, porque el Derecho alemán habría de aplicar igual solución aun cuando no existiera simulación alguna ni pesaran sospechas sobre la conducta del poseedor, sino mero error, perfectamente excusable, respecto a la existencia y eficacia de su título de adquisición. De aquí que parezca más equitativo adoptar en la esfera legislativa una posición intermedia. El término medio de que se trata no tomará en consideración sino los motivos de recelo que resulten fundados, es decir, los que se deriven de serle conocida al poseedor su falta de título o la irregularidad que vicia éste. De esta suerte, quedarán frustradas las complicidades sospechosas que por acaso se hayan establecido entre el poseedor y su causante, y que no sería posible atacar de un modo eficaz si fuera preciso atenerse a un concepto demasiado estricto de la mala fe, pues se restringiría con exceso su aplicación y su noción misma si no se apreciara más expresión de aquélla que el conocimiento, perfectamente probado, de la falta de derecho del enajenante.

127. *Las relaciones entre poseedores sucesivos desde el punto de vista legislativo.*—Tal es la reglamentación que debiera admitirse para las hipótesis más frecuentes, o sea los casos en que únicamente se discute la existencia del derecho, sin plantearse ninguna cuestión respecto al título. Ello supone contienda suscitada entre el poseedor y un tercero reivindicante que no sea el autor directo de quien aquél derivó su posesión.

Pero si el demandante ha empezado por justificar la sucesión directa de las posesiones; si ha demostrado que él fué quien entregó el objeto al poseedor actual, ya no se trata de discutir el derecho de propiedad del actor, sino la naturaleza misma o la validez del título que mediara entre él y su causahabiente. No cabe pretender entonces que la posesión, aunque sea de buena fe y en concepto de

dueño, tenga virtualidad bastante para suplir el título, para servir como título de propiedad, aun cuando sea con respecto a la persona de quien dicha posesión se derivara. No están ya en juego los intereses del crédito mercantil; quien adquiría la posesión no tenía por qué suponer existentes ciertas condiciones de fondo que no le era dable comprobar. Y no estando ya por medio la existencia del derecho, todo el conflicto viene a girar, por lo que toca al poseedor, en torno a circunstancias y relaciones exclusivamente personales, que dependen de negociaciones procedentes de él y sometidas a su examen directo. Debe, por tanto, hacérsele responsable de la validez de los actos que ejecutó. Y no podrá nunca insinuarse que la posesión, siquiera sea de buena fe, haya de venir en tales condiciones a cubrir los defectos del título o tapar su inexistencia.

128. *Carácter de la presunción cuando se discute únicamente la naturaleza del título.*—Ahora bien; cuando se discute la naturaleza misma del título no debe ya ponerse el problema de la "adquisición", sino la cuestión de las "presunciones". Y en este punto sí que cabe sostener la conveniencia de separar la cuestión de *derecho* y la cuestión de la *prueba:* aquélla depende únicamente del título; ésta puede facilitarse mediante una presunción de título. Habrá, pues, de decirse: donde existe un título de propiedad, aunque sólo sea en apariencia, no es dudoso que se presuman su existencia real y su validez, aunque se desconozcan todos los datos respecto a su naturaleza; ¿por qué no presumir igualmente, y dado que la posesión era en concepto de dueño, que el título era de propiedad?

Ya hemos examinado en detalle todos los elementos y opiniones que hay en punto a esta cuestión. Limitémonos, por tanto, a recordar las consecuencias deducidas. Por muy inclinado que se sienta uno a atribuirle el valor de una presunción de propiedad a la posesión en concepto de dueño, tal criterio—que implicaría una presunción de título—podría acarrear en la práctica daños considerables

en cuanto a las garantías de honradez y lealtad que se imponen. Eso equivaldría implícitamente a que cuantos entregan muebles sin trasmitir el dominio se vieran obligados a exigir un recibo a la persona a cuyo poder pasan. De otra parte, es evidente que si la presunción se formulaba a favor del antiguo propietario y se sostenía que había de suponerse "parcial" y no "total" el abandono de derechos, ello conduciría a algo muy grave: a que los compradores hubieran de proveerse de un documento para quedar defendidos contra el vendedor, ya que no contra terceros. Con ello vendría al suelo el beneficio derivado de las reglas que protegen la posesión mobiliaria, reglas que se justifican por la costumbre establecida de no necesitarse prueba escrita en las transacciones sobre bienes muebles.

No se trata, en realidad, de conservar presunción ninguna en este o en el otro sentido. Quien verdaderamente compró no puede decir que se le prive del beneficio antes expresado (no necesidad de documento), puesto que no se formula presunción alguna en contra suya. Para que no se escude únicamente tras su posesión, se le pide que indique los datos verosímiles que corroboren la presunción de hecho creada a su favor.

Se aspira a que puedan tomarse en cuenta todos los antecedentes verosímiles, tanto los que benefician al antiguo propietario como los que pudiera invocar el poseedor; el juez fallará con vista de todos. Pero si faltan por completo, y con relación a ambas partes, pruebas derivadas de las circunstancias del caso, siempre subsistirá en favor del demandado la posesión, presunción única en pie aún, y que, no obstante ser mera presunción de hecho, sin duda viene a adquirir el carácter de una verdadera prueba, por ser la única aportada.

Parece que al no adoptar en tales casos ninguna presunción legal ni en un sentido ni en otro, reduciendo la posesión a simple presunción de hecho, que no exima de

otras pruebas al poseedor—siquiera sea la primera de cuantas pueda invocar—, se da satisfacción a todas las exigencias prácticas, sin menoscabar tampoco aquellas garantías esenciales que en sí misma y con relación al crédito debe la posesión ofrecer a cuantos puedan titularse poseedores.

III

La acción reivindicatoria de posesión

1. *Acciones diversas que autoriza el Derecho alemán para recobrar la posesión mobiliaria.*—El Derecho alemán ha multiplicado los medios de protección que puede emplear el poseedor de bienes muebles para recuperarlos cuando de ellos haya sido privado. Porque si es de interés primordial asegurar a los adquirentes de muebles la certeza de su adquisición, sin que para ello hayan de probar el derecho de su causante, no es menos equitativo que, en atención a los riesgos inherentes a la posesión mobiliaria—al menos cuando se trata de muebles corporales—, se robustezca en lo posible la posición jurídica del poseedor, poniéndole en condiciones de recobrar la posesión perdida sin necesidad de que previamente aporte la prueba, siempre tan difícil, de su derecho de propiedad. A la manera del Derecho romano, el alemán puso desde luego a disposición del poseedor mobiliario los mismos medios de defensa posesoria organizados ya con relación a los inmuebles. Tendrá, pues, no sólo los derechos de defensa privada propios del poseedor, sino también las acciones posesorias. No le ocurrirá, como al poseedor francés víctima de un despojo clandestino o violento, tener que acudir a los medios petitorios y poner en marcha la acción reivindi-

catoria de propiedad (*). Es cierto que la prueba exigida de él no le será difícil, ya que en virtud del art. 2.279 se confundirá con la prueba de su antigua posesión; pero si el poseedor actual ofrece prueba en contrario y acredita que el antiguo poseedor no era dueño, la reivindicación resultará mal entablada y se desestimará la demanda del antiguo poseedor. Eso sucederá, por ejemplo, siempre que un poseedor precario, v. gr., un prestatario o arrendatario, sea turbado en su posesión por la persona de quien recibió el objeto. Aun teniendo derecho a disfrutar de la cosa durante un tiempo determinado, que se fijó en el contrato, si el dueño se apodera de ella por un procedimiento irregular, el despojado no tiene más solución que acudir a la acción personal nacida del contrato respectivo, con lo cual puede calcularse ya la prueba que ha de practicar. Algo análogo ocurriría con relación a los terceros que perturbaran su posesión: a menos de poder ejercitar con respecto a ellos un derecho real, no tendría otro remedio que acudir al propietario y pedirle que lo defendiera o le hiciese recobrar la posesión. Pues bien; el Derecho alemán permite utilizar las acciones posesorias, tanto frente a terceros como si se trata del propietario cuando éste se hubiera apoderado ilícitamente del objeto, y para otorgar esta protección le basta con la posesión pura y simplemente, puesto que la posesión en nombre ajeno está

(*) [Siguen el sistema francés, limitando las acciones posesorias a los bienes raíces, los Códigos de Chile (art. 916), Ecuador (artículo 907) y Uruguay (art. 658). En cambio, no ha sido adoptado dicho sistema por la legislación española ni por muchas otras americanas, las cuales conceden la protección posesoria indistintamente en materia inmobiliaria y mobiliaria. Véanse los arts. 446 del Código español; 857 y 858 del mejicano; 770 y siguientes del venezolano, y 2.469 y siguientes del argentino. Este último Código contiene una reglamentación muy minuciosa de la protección posesoria, que puede ejercerse *extrajudicialmente* en algunos casos (art. 2.470) o *judicialmente*, y en esta segunda forma por medio de las acciones *posesorias* que menciona el Código civil y los *interdictos* que regula el Código de procedimientos (v. sobre el problema de la coexistencia de estos dos medios de defensa posesoria LAFAILLE, ob. cit., págs. 304 y ss.).]

amparada de modo tan completo como si se actuara en concepto de dueño.

2. *Otros recursos para ciertos casos especiales: la reivindicación posesoria.*—Es fácil observar que estos medios posesorios resultan insuficientes en ciertos casos; por ejemplo, cuando, aun sin adolecer de ningún vicio la posesión actual, la equidad exigiera que el adquirente ulterior no llegara a ser propietario, sino que los bienes retornaran a poder del poseedor precedente.

La hipótesis más sencilla es la de un adquirente de mala fe cuya posesión, sin embargo, no fuera defectuosa. La equidad reclama la restitución de la cosa a aquel poseedor a quien deliberadamente se hollaron sus derechos, y ello aunque dicho poseedor no tuviese tampoco el carácter de propietario. Es indudable que de haber sido dueño tendría éste la acción para reivindicar la propiedad, con las facilidades de prueba derivadas de la presunción que sienta en su § 1.006 el Código civil alemán. Pero supongamos que no es propietario: en cuanto se pruebe que no tiene dominio sobre los bienes, quedará desarmado, ya que tampoco tiene las acciones posesorias. Esto sería inadmisible. De esta forma, un adquirente de mala fe puede despojar a un arrendatario o prestatario. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que el arrendatario haya dado la cosa en subarriendo, y que el subarrendatario, cometiendo un verdadero abuso de confianza, la venda a un tercero que la adquiere de mala fe, con perfecto conocimiento de que el vendedor no era dueño del objeto. Si es el arrendador primitivo quien intenta su restitución, podrá reivindicar la propiedad, y el poseedor actual no podrá ampararse en el § 932, toda vez que él obró de mala fe. Ahora bien; si en vez del arrendador originario es su inquilino quien quiere actuar, como él nunca ha sido dueño de la cosa no podría reclamar la devolución basándose en la propiedad de ella, por más que el actual poseedor hubiera procedido de mala fe. Por tanto, sería menester que este

primer arrendatario o subarrendador pudiera reivindicar a base únicamente de su posesión.

Igual laguna notamos, e igual necesidad de solución se echa de ver, si el adquirente no obró en realidad de mala fe, sino con grave negligencia por haber ignorado que trataba con quien no era propietario.

No sólo con respecto al poseedor de notoria mala fe o culpable de negligencia crasa exige la equidad que la cosa se reintegre al simple poseedor: lo mismo puede suceder aun tratándose de adquirentes de buena fe. Supóngase, verbigracia, un poseedor en nombre ajeno a quien le roban el objeto y que lo encuentra en poder de un comprador que contrató con el ladrón creyendo honradamente que era el dueño de la cosa. Si el propietario auténtico toma cartas en el asunto, podrá reivindicar, porque se trata de cosa substraída. ¿Cómo negar este derecho al poseedor no propietario si la substracción se cometió en su perjuicio? Figurémonos que en vez de ser un poseedor en nombre ajeno fuera un poseedor en concepto de dueño, que, sin embargo, no hubiera llegado a ser en realidad verdadero propietario y a quien se hurtara la cosa; por ejemplo, un adquirente de buena fe de un objeto robado anteriormente; figurémonos también que la cosa vuelve a ser substraída y pasa a manos de un adquirente de buena fe. Si éste llega a saber que el poseedor anterior no fué verdadero dueño por razón de vicio de la cosa, excepcionará frente al reivindicante sosteniendo que éste carece de título para reclamar el objeto en propiedad. Y como, en efecto, no había sido verdaderamente dueño, no prosperaría su acción: sería preciso, pues, que hubiera podido reivindicar a base de su posesión solamente.

Parece, por tanto, que al Derecho alemán le hubiese bastado con otorgar al poseedor que fuese dueño una reivindicación de posesión sometida a iguales requisitos de ejercicio que la de dominio. Esta solución es muy sencilla a primera vista, y en muchos casos vendría a coincidir

con los resultados que de hecho arroja el Derecho alemán; por ejemplo, cuando la reivindicación se entabla contra un poseedor de mala fe. Sería entonces como un calco de la reivindicación de propiedad. Pero formulada como principio general, esa solución sería totalmente inexacta, al menos cuando la acción hubiera de intentarse contra adquirentes de buena fe.

Así, pues, tomemos de nuevo el ejemplo del subarriendo y supongamos que quien trata con el subarrendatario lo hace de buena fe, creyéndolo propietario y sin que su error implique culpa lata. En principio, si hubiese sido el propietario el que quisiera reclamar, quedaría decaído de su derecho en virtud del § 932. Lo lógico es que suceda otro tanto cuando reclame el simple poseedor, arrendatario que subarrendó. Prosiguen la misma simetría e igual paralelismo. Pero si la venta, o, mejor, la tradición, consentida o realizada a favor de ese adquirente de buena fe resultara nula, en la reivindicación de propiedad tendría el actor un nuevo recurso merced al § 932, que para la adquisición de buena fe exige un justo título, eficaz y válido. Esta exigencia no se da, según veremos, en la reivindicación de posesión, pues esta última no se concede contra el poseedor de buena fe más que en caso de pérdida o robo, y no cuando se pueda argüir contra él la falta de título, ya que su buena fe queda a salvo. Es que la equidad no exige ya las mismas garantías a beneficio del simple poseedor que en pro del dueño (al menos cuando la cuestión de crédito está por medio). El interés del crédito pide que el adquirente de buena fe, aunque no pase de simple poseedor, quede protegido con mayor eficacia frente a poseedores análogos anteriores que con respecto a la reivindicación por parte del dueño.

Nos queda por ver si habrá procedimiento de hallar algo así como un medio anómalo de remediar la falta de una reivindicación posesoria basada en un título nulo o inexistente, y si este medio nos lo podrán ofrecer aquellas

condiciones especiales exigidas para que exista buena fe. Pudiera sostenerse, por ejemplo, que en algunos casos cabe tratar al demandado como si fuese simplemente un poseedor de mala fe; así, v. gr., cuando nos hallásemos ante un adquirente de buena fe con respecto al reivindicante (por haber creído que contrataba con el verdadero dueño), pero de mala fe con relación a su causante, porque obró con dolo respecto a él y dejó viciado con tal motivo su título. La carencia de título favorecería en esta hipótesis al demandante siempre que entrañara falta de buena fe (al menos con respecto al causante). Es cuestión que después examinaremos. Digamos, desde luego, que no es probable que el Derecho alemán, al hablar de poseedor "de mala fe", haya querido referirse a quien no lo fuera sino en parte, con respecto al poseedor propietario a quien tomó por dueño, pero sin tener análoga mala fe con relación al reivindicante. Se carecerá, pues, en general, del recurso que ofrecería esa mala fe "relativa", manifestada tan sólo frente al autor del título, y en su virtud cabrá decir que la carencia de este último no será por sí sola una condición que dé paso a la reivindicación de posesión. Con esto basta para destruir el paralelismo que por acaso quisiera trazarse entre ambas reivindicaciones.

Pero, aun descartando tal paralelismo, la rápida exposición que acabamos de hacer de los casos en que la reivindicación de dominio fracasa permite apreciar cómo la equidad exige que a falta de acción posesoria haya una verdadera reivindicación fundada en la mera posesión de la cosa.

3. *Carácter de la acción reivindicatoria de posesión.* Se trata de una acción para recobrar la posesión del objeto, fundada únicamente en una posesión anterior y que no exige la prueba del despojo, ni menos aún la del derecho de propiedad en el demandante; es una reivindicación de posesión análoga a la de propiedad, y que viene a ser como su correlativa, sin adaptarse a ella tampoco

de manera completa, según revelan los ejemplos que preceden. Resulta, en su vista, que es una acción real y se diferencia, por tanto, de las acciones posesorias propiamente dichas en dos aspectos esenciales. En primer término, como todas las acciones reales, se dará contra cualquiera que tenga en su poder la cosa, sin que se requiera más que la simple pérdida de la posesión por parte del actor, no necesitándose actos personales imputables a tercero (como perturbaciones directas de la posesión, etc.); esto es la consecuencia de una especie de derecho real derivado de la posesión, y que como tal vale con respecto a todos. En segundo lugar, el proceso versará sobre el fondo mismo del derecho, ya que se trata de una acción fundada en un derecho también y de verdadero carácter petitorio. En consecuencia, y aun cuando el demandante actúe basándose en la posesión y sin referirse a la propiedad, el demandado podrá oponerle para su defensa, al menos en ciertas condiciones, todas las excepciones relativas al fondo jurídico del asunto, y en primer término las que nazcan de su propio derecho a la posesión o de su derecho de dominio.

El actor reivindica fundándose en un derecho *de* posesión; pero este derecho, deducido de la mera posesión, puede no ser siempre un derecho *a la* posesión. Por encima del derecho *de* posesión está el derecho *a la* posesión, y éste prevalece sobre aquél. Con esto quiere decirse que hay ncesidad de establecer una a modo de jerarquía de posesiones; de lo contrario, cualquiera antigua posesión, luego desaparecida, triunfaría sobre la posesión actual, lo cual vendría a ser la negación misma de los derechos anejos a la posesión. Y a la inversa: cualquiera posesión actual habría de sucumbir ante una posesión perdida, porque no habría ya reivindicación posible de la posesión. De otra parte, no es preciso que al reivindicar la posesión vayan embebidas y confundidas en ello las acciones posesorias y la reivindicación de propiedad, y esto no

podrá lograrse si no fijamos una especie de clasificación de posesiones. Dicho en otros términos: habrá que acordar ciertos requisitos de admisibilidad de la reivindicación posesoria que vengan a equivaler a un orden de preferencia entre las diversas posesiones y permitan dar solución a los conflictos que se susciten entre la antigua y la nueva. Sin esa jerarquía de posesiones, ambas partes se hallarían en igual situación: una reivindicaría a título de posesión anterior, y la otra se defendería amparándose en la posesión actual. Habría posesión contra posesión, sin posibilidad de resolver, ya que ambas posesiones se equilibrarían. El resultado sería el mismo que cuando se reivindica la propiedad, al menos en la esfera de las presunciones derivadas de la posesión (§ 1.006 del Código civil alemán). La presunción de propiedad del actor fracasa ante la presunción más actual del demandado. ¿A qué inventar, por tanto, una acción nueva para llegar al mismo resultado?

Por eso ha habido necesidad de jerarquizar, en cierto modo, el valor jurídico de las distintas posesiones, único medio de que tuviera plena utilidad una nueva acción real puramente posesoria. A tal fin, se da primacía a la posesión de grado preferible y se establece en la esfera de la equidad una comparación entre las situaciones posesorias de demandante y demandado. Como se ve, hay que fijar, no sólo un derecho de posesión, sino un derecho preferente de posesión, o, mejor dicho, un derecho a la posesión.

Ahí está, por así decirlo, la idea, tan fecunda, tan rica en matices, pero tan fuertemente impregnada de nuestras concepciones medievales, de la "relatividad del derecho real". Y, sin embargo, esta idea no es únicamente un concepto de la Edad Media: tiene su punto de arranque en una teoría romana. Baste recordar la acción publiciana y tener en cuenta que el primer proyecto alemán no admitía la reivindicación posesoria sino en la forma de

una acción publiciana remozada, siquiera esto se haya venido a transformar y ampliar completamente en el segundo Proyecto, acabando por modelarse sobre la concepción canónica y consuetudinaria del *possessorium ordinarium* tal como la había recogido el *Landrecht* de Prusia. De aquí que esa historia previa haya de ser expuesta sumariamente, por lo menos desde el punto de vista de los trabajos preparatorios del Código civil alemán.

4. *La reivindicación posesoria en los trabajos preparatorios del Código civil alemán.*—El § 945 del primer Proyecto apenas era otra cosa que una reproducción, ligeramente retocada, del sistema romano en materia de acción publiciana. Esta se proponía, como es sabido, facilitar el recobro de la cosa en provecho del poseedor que estaba usucapiendo. Se exigía por eso que tuviera justo título y buena fe. Acreditados estos extremos, el actor podía reivindicar el objeto de manos del poseedor sin tener, por lo demás, que probar su derecho de propiedad. Ahora bien; en igualdad de condiciones, y, por consiguiente, cuando el poseedor actual tenía también justo título y buena fe, no prosperaba la demanda. Y lo propio ocurría cuando el demandante se dirigía contra uno de sus causahabientes, es decir, contra poseedores a quienes él hubiera trasmitido los bienes, pues ellos podían oponerle la *exceptio rei venditae et traditae* o *donatae et traditae*. En una palabra: el poseedor publiciano triunfaba únicamente cuando había tenido una posesión preferente a la de su adversario, con buena fe y justo título, en tanto que el actual poseedor no tenía sino posesión pura y simple, desprovista de uno u otro de esos requisitos (*).

(*) [En Derecho español, la mayoría de los autores entienden que subsiste en la actualidad la acción publiciana, aunque ni el Código civil ni la ley Procesal hablan de ella. A juicio de MANRESA, no hace otra cosa que reconocer implícitamente esta acción, el artículo 445 del Código, al establecer ciertas reglas para resolver las contiendas acerca de la posesión, que implican una defensa posesoria distinta de los interdictos y no sujeta a la limitación tempo-

Pues bien; poco más o menos, éstas eran las condiciones de aplicación que reproducía el § 945 del primer Proyecto. Había, no obstante, una diferencia de consideración: al poseedor publiciano no se le exigía en aquél la prueba del justo título: bastaba con que acreditara haber obrado de buena fe al adquirir la posesión. Por tanto, cumplía con indicar cómo había adquirido y alegar su buena fe. En vez de justificar él su propio título, su contrincante había de destruir sus alegaciones.

El primer Proyecto había acogido esta acción real posesoria como un substitutivo de la reivindicación en los casos en que el propietario no pudiese probar su derecho. Pero es que aquel proyecto no admitía ninguna presunción de propiedad ni en favor de la posesión anterior ni de la actual (1), y el propietario reivindicante hubiera tenido que probar la existencia de justo título. Esta prueba habría bastado para justificar su derecho de propiedad, por lo menos con sujeción al § 932, pero suponía siempre probar el título. Por eso, para evitarle esta prueba, se quiso que pudiera ejercitar la acción real posesoria sin tener que echar por delante su derecho de propiedad. De aquí que dicha acción exigiera únicamente la alegación de la buena fe, referida ésta, por lo demás, al momento de la adquisición inicial.

De otra parte, esa acción posesoria se concedía, aun tratándose de cosa anteriormente robada o perdida, siempre que el poseedor reivindicante la hubiese adquirido de buena fe. En este último caso, la adquisición de buena fe es insuficiente para dar origen a la propiedad. Así, pues, si el adquirente de un objeto robado o perdido viniera a su vez a quedar privado de su posesión, habría podido

ral de éstos (*Comentarios*, t. IV, págs. 240 y s. de la 4.ª edición). En Cataluña se aplica, en cuanto a la acción publiciana, el Derecho romano (véase BORRELL, *Dret civil vigent a Catalunya*, vol. II, 1.ª parte, págs. 48 y ss.).]

(1) Cf. el estudio precedente, núm. 54 *supra*, págs. 216 y ss.

sin duda recobrarla por medio de las acciones posesorias si hubiese estado en situación de intentarlas; pero a falta de este recurso, tampoco hubiera podido reivindicar sobre la base de la propiedad. Aun cuando fuera víctima de un robo, habría quedado desarmado, ya que no contra el ladrón, al menos frente al tercero que hubiese adquirido de buena fe. Este tercero hubiera estado sometido a la reivindicación entablada por el verdadero propietario víctima del primer robo, pero no a la del poseedor intermedio, aunque fuera de buena fe, que resultara víctima de otra substracción posterior. Si dicho poseedor hubiese pretendido reivindicar la cosa de manos del detentador actual, éste hubiera alegado que el actor no había podido adquirir la propiedad por tratarse de cosa robada ya cuando él entró en posesión. La ventaja de esta acción real posesoria, por tanto, hubiera sido, muy particularmente, ya que no con carácter exclusivo, permitir al poseedor de buena fe la reivindicación de aquellas cosas que antes fueron objeto de robo o extravío y después de su intervención han vuelto a correr igual suerte. Al tratarse, no ya de propiedad, sino de posesión de buena fe, es decir, de posesión preferente, puede reivindicar el antiguo poseedor, aunque no hubiera estado en condiciones de llegar a ser propietario de la cosa: su posesión era preferente por el solo hecho de haberla perdido a virtud de un hecho involuntario y de querer el nuevo poseedor aprovecharse de esta desposesión irregular para quedarse con el objeto.

5. *Trabajos de la segunda Comisión.*—Tal era la acción real posesoria del primer Proyecto. Organizada a la romana, no protegía más que al poseedor en concepto de dueño, al que adquirió la posesión creyendo convertirse en propietario. Los poseedores en nombre ajeno hubieran quedado desarmados al perder la posesión, por lo menos en la parte no protegida por el recurso de las acciones posesorias. Cierto que se habían colmado determina-

das lagunas de la reivindicación de propiedad; por ejemplo, en el caso de doble robo y subsiguiente defensa del poseedor intermedio que con buena fe adquirió el objeto y a quien se le substrae de nuevo; pero, en cambio, quedaban subsistentes todas las insuficiencias de la reivindicación en cuanto a los poseedores en nombre ajeno (prestatarios, depositarios y demás), a quienes no les quedaba otra solución que las acciones posesorias, estándoles vedada una reivindicación contra terceros.

Ante la segunda Comisión, el punto de vista varió por completo, y varió precisamente por las modificaciones que se habían admitido respecto a la presunción de propiedad. Siguiendo el ejemplo de nuestro art. 2.279, se aceptó una presunción de propiedad derivada de la posesión, con lo cual se proporcionaba al propietario reivindicante el medio de prueba que necesitaba (1). Ya no era menester, por tanto, desde este punto de vista al menos, poner a su disposición una acción real posesoria, en concurrencia con la acción real que por razón de propiedad le correspondía. Tanto más cuanto que la última podía entablarse sin más fundamento que la posesión anterior, pues ésta hacía presumir el título, y el justo título unido a la buena fe, que se presume siempre, bastaban a constituir el derecho de propiedad (§ 932 del Código civil alemán).

Pero lo cierto es que la acción real por razón de posesión tenía otra finalidad más: no sólo servía para facilitar al dueño reivindicante la prueba de su derecho de propiedad: se proponía asimismo proporcionar una acción reivindicatoria al poseedor, incluso en aquellos casos en que él nunca hubiera podido titularse propietario ni llegar a serlo; por ejemplo, cuando se trataba de cosas robadas o perdidas con anterioridad.

Entonces se planteó este problema: determinar si había de suprimirse completamente la reivindicación por

(1) Véase el estudio precedente, núms. 55 y s., págs. 218 y s.

motivos posesorios, o si, por el contrario, había que ampliarla en vista de esta segunda función que se le atribuía, para recuperar la posesión cuando no pudiera invocarse un derecho de propiedad.

Respecto a este segundo punto de vista, no faltaban precedentes importantes, fuera del Derecho romano, desde luego; los había en el Derecho posesorio medieval, en lo que se llamaba *possessorium ordinarium* y no era sino el interdicto *uti possidetis* transformado en dos aspectos. En primer lugar, se trataba de una verdadera acción recuperatoria, procedente en todos los casos de pérdida involuntaria de la posesión, sin que fuera indispensable un previo despojo violento. En segundo término, siendo una acción puramente posesoria en sus comienzos, acabó por perder este carácter primitivo, y admitiendo poco a poco las excepciones derivadas de la cuestión de derecho, fué convirtiéndose en una especie de acción petitoria por razón de posesión perdida (1). Esta acción reivindicatoria de posesión pasó con los mismos caracteres al Derecho prusiano.

El propio Derecho francés, como rastro de la vieja teoría consuetudinaria en materia de posesión, había consagrado en el art. 2.102, § 4.° (*) una positiva reivindicación posesoria en favor de quien vende al contado bienes muebles cuando éstos se hallan aún en poder del comprador y el plazo transcurrido ha sido muy breve.

La segunda Comisión se propuso seguir estos precedentes. No quiero decir con ello que el precepto contenido en el art. 2.102 del Código civil francés ejerciera a este respecto el menor influjo. Era un residuo demasiado ínfimo de las antiguas teorías posesorias y pasaba inadvertido, siquiera fuese interesante mostrar cómo persistía, a manera de principio incontestable, aquella idea primor-

(1) Sobre todos estos extremos, cf. GIERKE, *Fahrnisbesitz*, capítulo IV, págs. 46-47.

(*) [Comp. art. 1.922 del Código civil español.]

dial de que la posesión, por sí sola, constituye un derecho susceptible de alegación frente a terceros en forma de acción real. Lo indudable es que los precedentes inmediatos de los acuerdos de la segunda Comisión estaban en el Derecho prusiano, y ellos fueron lo que ésta quiso hacer revivir (1).

6. *Notas de la nueva acción creada.*—La acción nueva consagrada por la segunda Comisión no se presenta como un recurso llamado a defender únicamente una posesión preferente, a la manera de la publiciana. Tiene sobre todo el carácter de una acción recuperatoria o reivindicatoria para los casos en que la posesión se pierda contra la voluntad de su titular.

Una pérdida cualquiera de la posesión, con tal que sea involuntaria, da derecho a recobrar la cosa desaparecida, sin necesidad de que haya mediado acto ilícito de los que justifican el ejercicio de acciones posesorias. Tal derecho, por lo demás, surge del hecho mismo de la posesión, con independencia de toda presunción de propiedad. Sea cual fuere la naturaleza de la posesión perdida (mediata o inmediata, en concepto de dueño o a calidad de depósito), y aunque fuera incompatible con la eventual adquisición de propiedad, ello importa poco para estos efectos; desde el momento que se trata de posesión propiamente dicha, da a su titular una acción real que le permite recobrar el objeto en cuanto éste haya desaparecido. Podría decirse que es la posesión en cuanto tal la que engendra, al ocurrir la pérdida involuntaria, una acción real reivindicatoria de posesión que puede ejercitarse con respecto a cualquier poseedor actual en ciertas condiciones y circunstancias que habremos de especificar.

Tal es el principio general y tal es la idea que se ha querido consagrar. Después de estos preliminares históricos, es preciso que estudiemos en detalle los requisitos que ha de reunir y los límites en que se ha de aplicar dicha reivindicación posesoria.

(1) Cf. acerca de todos estos particulares los *Protokolle*, t. III, págs. 380-383.

* * *

7. *La reivindicación de posesión según el § 1.007 del Código civil alemán.*—Conviene insistir en la hipótesis general que se tuvo presente y que es la condición esencial que da paso a la acción, a saber: el hecho acreditado de una posesión que se ha perdido contra la voluntad de quien la ejercía; se trata, pues, de reivindicación posesoria en el caso de pérdida involuntaria.

Como puede entenderse que esta idea de "pérdida involuntaria" ofrece muy varia interpretación según los casos, es menester que distingamos a este respecto dos hipótesis netamente destacadas en el § 1.007.

La primera es el caso en que la reivindicación de posesión se dirige contra un adquirente de mala fe, es decir, contra un poseedor que sabía muy bien que su adquisición era irregular, o que lo hubiera sabido de no proceder con grave negligencia (1). La segunda, por el contrario, se refiere al caso en que la acción se entable contra un adquirente de buena fe.

En el caso primero, el antiguo poseedor, en cuanto se demuestre que estuvo en posesión del objeto, no tiene que hacer sino probar la mala fe del poseedor actual, pues a él corresponde acreditar este extremo. En el segundo caso, cuando se trata de un adquirente de buena fe (o lo que es lo mismo, cuando el actor no ha podido justificar que obró de mala fe su adversario), el reivindicante ha de probar que ha sido privado del objeto por causa de robo, extravío u otra forma de desaparición involuntaria. Se encuentra entonces en la misma situación que quien rei-

(1) Cf. PLANCK, III, sobre el § 1.007, 2 b, y sobre el 990, 2 a-β.

vindica la propiedad y tropieza con la presunción derivada de la posesión actual, sin haber podido tampoco probar la mala fe ni la falta de título de su adversario: el único recurso que le queda es demostrar el robo, la pérdida o la desaparición involuntaria. Pues bien; lo mismo ocurrirá cuando lo que se reivindique sea la posesión, salvo que en esta esfera es necesario a todo trance vencer el obstáculo de la posesión actual demostrando la mala fe, pues la carencia de título no basta en este caso; y en su defecto, al no haberse podido probar la mala fe, queda la última solución—como al reivindicar la propiedad—, consistente en acreditar que hubo robo, pérdida o en general desposesión involuntaria.

8. *Aparente dualidad de dicho precepto.*—La reivindicación posesoria se nos presenta así en dos aspectos muy diversos, según que se apoye en la mala fe del poseedor actual debidamente probada, o se base principalmente en la pérdida involuntaria de la cosa. En el primer caso, el actor ha de demostrar la mala fe de su contrario. En el segundo, la prueba se refiere directamente a la pérdida involuntaria de que haya sido víctima.

A primera vista, ambas hipótesis son tan diferentes que a veces se piensa en la existencia de una doble reivindicación: una, por razón de mala fe del adquirente; la otra, a causa de la pérdida involuntaria sufrida por el antiguo poseedor. Y, en efecto, el § 1.007 parece autorizar desde luego este dualismo, pues comprende dos párrafos: uno que se refiere sólo a la mala fe y el otro únicamente a la pérdida involuntaria. De todo ello parece desprenderse que si se prueba la mala fe la reivindicación posesoria triunfará desde luego, aunque la pérdida no hubiera sido involuntaria, ya que esta segunda condición no se consigna, se pasa en silencio al tratarse de caso de mala fe y se supone probado este extremo. Supongamos, por ejemplo, que un poseedor, teniendo dudas acerca de su derecho, abandona voluntariamente la posesión del

objeto que detentaba, y más adelante lo encuentra en manos de un individuo que se apoderó de él sabiendo muy bien que pertenecía a otra persona. Es visto que el poseedor actual es un poseedor de mala fe. Podría creerse, por tanto, que con esto bastaba, y que justificado ese particular el antiguo poseedor estaba ya en condiciones de reivindicar el objeto, aunque lo hubiese abandonado voluntariamente.

9. *La equívoca redacción del texto legal.*—Quien sostuviera aquella opinión se equivocaría desde luego. Lo que sucede es que el precepto engaña a consecuencia de la forma anfibológica en que se halla concebido, como han observado todos los comentaristas.

En efecto, el apartado 1.° del § 1.007 dijérase que no exige más que una condición para que la acción prospere: la mala fe del adquirente. Pero esta impresión ha de rectificarse con vista de la disposición final contenida en el apartado último, donde se establecen las excepciones que el demandado puede oponer, pues el poseedor tiene a su alcance una excepción común o genérica, aplicable a todos los casos, incluso al de mala fe, y consistente en la demostración de que el antiguo poseedor abandonó la cosa, la perdió *voluntariamente*. Probado esto, el poseedor actual conservará en su poder el objeto, fracasando la reivindicación aunque el demandado hubiera procedido de mala fe al adquirir. La reivindicación posesoria se nos presenta, en consecuencia, y superficialmente al menos, como una figura de mayor severidad de aplicación que la reivindicación dominical, pues esta última prospera en caso de pérdida involuntaria (que hace innecesaria toda averiguación respecto a la buena o mala fe del adquirente), y también, aun sin ello, cuando se acredita que el adquirente obró de mala fe, o carecía de justo título si es que procedió de buena fe. Esta especie de correlación, o, mejor dicho, esta falta de correlación, debe quedar en suspenso por ahora; más tarde examinaremos el asunto. Por

lo pronto, y dejando a un lado la comparación, pongamos de relieve este resultado: que aun en caso de mala fe del adquirente, la reivindicación posesoria presupone siempre la pérdida involuntaria del objeto y no debe prosperar sin dicho requisito. El corolario único que puede derivarse de la mala fe no afecta sino a la inversión de la prueba. Conste, pues, que se trata de una acción basada ante todo en la pérdida involuntaria. Véase cómo ésta viene a ser una condición de fondo para la reivindicación posesoria en las dos hipótesis en que la acción se admite.

¿Cómo penetrar, por tanto, la redacción, un poco desconcertante, del precepto? ¿A qué esa oposición que, en apariencia al menos, existe entre dos casos de aplicación que parecen tan distintos entre sí (el de la mala fe y el de la pérdida involuntaria), siendo así que esta última condición es común a ambos? Si lo que se tuvo presente en las dos hipótesis fué la pérdida involuntaria, el dualismo no se comprende.

10. *La explicación está en la regulación de la prueba.*—Una alusión anterior nos conduce a descifrar el enigma: lo que se ha querido es resolver la cuestión de la prueba al mismo tiempo que las condiciones de fondo. El § 1.007 ha separado dos hipótesis, porque en la primera el actor, una vez probada la mala fe de su adversario, está relevado de toda prueba en cuanto a lo que personalmente le concierne: la pérdida de la cosa ocurrida involuntariamente. El demandante ha cumplido con aquéllo; el demandado será quien, en su caso, demuestre que hubo abandono de la posesión; si lo hace, si acredita que el actor, poseedor antiguo, no perdió la posesión contra su voluntad, vencerá en el pleito el poseedor actual, aunque lo fuera de mala fe, y seguirá con el objeto en su poder. La demostración de que hubo pérdida involuntaria corre a cargo del demandante cuando le es imposible probar la mala fe del adquirente. Como puede verse, la pérdida involuntaria constituye en ambos casos una condición de

fondo para reivindicar la posesión. Ahora bien; la prueba de ese extremo se regula de modo distinto según que estemos en presencia de una u otra hipótesis. Se ha querido establecer entre ellas una inversión de papeles por lo que toca al *onus probandi.*

11. *Diversas manifestaciones de la "pérdida involuntaria".*—Cabe estimar, sin embargo, que existe otra razón para distinguir ambas hipótesis, y que el precepto atendió a un motivo más hondo al oponer la una a la otra. Es que la noción de "pérdida involuntaria" es diferente en cada caso de los separados. Sería muy distinta al figurar como requisito previo de la acción y exigirse en forma de prueba directa, que no cuando apareciera, por el contrario, a guisa de excepción, como un medio que empleara el demandado para desvirtuar la prueba que se le opone. Tratándose de prueba directa y a cargo del actor, el texto habla desde luego de desaparición propiamente dicha, y prevé de la manera más terminante todos los casos de pérdida involuntaria en los mismos términos que el § 935 (1). Con una especie de argumento *a contrario*, quiere esto significar que en cuanto mediara entrega voluntaria de la posesión al principio, y fuese cual fuere su forma, no hay posibilidad de reivindicación: tal sería, verbigracia, la situación si en vez de robo hubiese abuso de confianza. Supone éste, en efecto, una primera entrega del objeto realizada voluntariamente a persona que, traicionando la confianza puesta en ella, trafica irregularmente con la cosa que recibiera en custodia o depósito. Hay, pues, también por su parte entrega voluntaria de los bienes.

En cambio, no se emplea la misma fórmula amplia cuando se trata de la otra hipótesis, o sea cuando el demandado (presunto poseedor de mala fe) excepciona diciendo que hubo abandono por parte del actor; en este caso se habla de "abandono propiamente dicho". Ahora

(1) Cf. *supra*, págs. 200 y ss.

bien; si el abandono es, desde luego, una de las formas de pérdida voluntaria, no comprende necesariamente todas las hipótesis en que uno se desprende de la cosa. De aquí que en buena terminología jurídica quepa sostener que se refiere tan sólo al caso en que el antiguo poseedor se propone renunciar a todos sus derechos sobre el objeto, sin comprender el de una posible entrega temporal que implique nacimiento de un crédito o derecho a devolución. No es posible decir, a la manera de la primera hipótesis, que así se hayan previsto todos los casos de entrega voluntaria de los bienes en una forma cualquiera, y que ello se hiciera con el fin de imposibilitar la reivindicación posesoria. Por lo menos, al expresarnos con cierta precisión de términos jurídicos, una entrega de posesión, aunque suponga desprenderse de ella de modo voluntario, no equivale forzosamente a un verdadero abandono *stricto sensu*. La entrega de posesión puede suponer el propósito de recuperar ésta, y aun en Derecho alemán implica el mantenimiento de la posesión mediata; el abandono, en cambio, significa que se aparta uno de toda posesión definitivamente, irrevocablemente. Es el caso de la entrega subsiguiente a una compra-venta, a una donación, o lo que los romanos llamaban *derelictio*. Parece, en su virtud, que, según el apartado último del § 1.007, todo lo que no sea abandono voluntario, propiamente dicho, entra *a contrario sensu* en la categoría de pérdida involuntaria en sentido lato. La noción de pérdida involuntaria se ensancha, por consiguiente, y rebasa, por así decirlo, las lindes de la enumeración contenida en el § 935. De aquí que la pérdida de posesión mediata causada, verbigracia, por abuso de confianza del depositario vendrá a ser pérdida involuntaria y causa bastante para reivindicar la posesión contra un adquirente de mala fe, siendo así que con respecto al poseedor de buena fe no habría tal pérdida o desaparición, con arreglo al § 935 o al apartado 1.° del 1.007.

Siendo exacta esta distinción, no podemos ya censurar la manera como se formuló y redactó el precepto legal, pues no separó dos hipótesis sin haber realmente más que una en cuanto a los requisitos de fondo. De todo ello resulta la existencia de un caso de pérdida involuntaria, que es muy diferente, aun prescindiendo por completo de la cuestión de prueba, de la aplicación hecha cuando media mala fe. Porque en esta última hipótesis podrá ocurrir y ocurrirá que prospere la reivindicación posesoria aunque se demuestre no haber existido pérdida o desaparición en el sentido del apartado 1.°, ya que habrá bastado con justificar que la posesión se perdió por actos voluntarios y conscientes de un representante posesorio. Si se tratara de un poseedor de buena fe, no habría en este caso pérdida involuntaria, ni estaría indicada la aplicación de la reivindicación posesoria prevista en el § 1.007, apartado 1.°; y, sin embargo, podría ser pérdida involuntaria a los efectos de permitir la misma acción contra un poseedor de mala fe. Cabría, por tanto, sostener que—aun descartada la regulación de la prueba—la reivindicación posesoria comprende dos casos de aplicación muy distintos entre sí, y cuyas condiciones de fondo presentan notorias diferencias.

Tócanos ahora examinar separadamente ambos casos.

* * *

12. *La reivindicación posesoria por pérdida involuntaria.*—Voy a comenzar por la segunda hipótesis, la prevista en el 2.° apartado del precepto, o sea la reivindicación posesoria por causa de pérdida involuntaria, ya que en realidad es el supuesto más práctico y más frecuente, pues arranca de la idea de no haberse podido probar la mala fe de su adversario, y así sucederá, desde luego, en la mayoría de las ocasiones.

Tratándose de poseedor de buena fe, o que se supo-

ne tal, el antiguo poseedor que ha sido víctima del despojo tendrá que empezar por probar el robo, la pérdida o la desaparición involuntaria del objeto en cualquiera otra forma; debiéndose advertir que las condiciones o requisitos de la sustracción y de la desaparición involuntaria se han de entender en el mismo sentido y con el mismo alcance que en la esfera de la reivindicación de dominio, cuando se ventila si es admisible o no la presunción derivada a virtud del § 1.006. En su vista, habrá hurto cometido en perjuicio del antiguo poseedor y pérdida involuntaria contra él, no sólo cuando el propio poseedor hubiese sido víctima de la sustracción o pérdida, sino también cuando lo hubiera sido su representante, es decir, quien estuviera poseyendo en su nombre (1). El texto parece referirse, desde luego, a la pérdida de posesión sufrida directamente por el actor que insta la reivindicación; pero ha de recordarse que cuando hay posesión en nombre ajeno, quien entregó la cosa al detentador se reservó la posesión mediata. Así, pues, en cuanto haya sustracción o pérdida con respecto al poseedor inmediato, la hay *ipso facto* con respecto al poseedor mediato, ya que al propio tiempo se le priva de su derecho.

Por consiguiente, el antiguo poseedor podrá invocar, no sólo la pérdida que él personalmente hubiera experimentado, sino también la que sufriera por repercusión de la infligida a su representante posesorio. Y no se diga si es que la sustracción, por ejemplo, se hubiera realizado de manos de un poseedor dependiente, empleado o criado del reivindicante: en tal caso, como el antiguo poseedor era el único existente en realidad, la posesión inmediata sería la que se le hubiera arrebatado. En todas estas hipótesis, tan pronto como el antiguo poseedor encuentra la cosa en poder de un tercero, aunque sea de buena fe, puede reivindicar la posesión, como podría reivindicar el dominio si estuviera en condiciones de titularse propietario.

(1) Cf. el estudio precedente, núms. 38 y ss., págs. 178 y ss.

Ahora bien; si el representante posesorio, el poseedor en nombre ajeno, cometiera un abuso de confianza, entregando por sí el objeto a tercera persona, no podría ya hablarse de pérdida involuntaria, ni podría nadie reivindicar fundándose en este motivo. No podría hacerlo el mandatario infiel, que era entonces poseedor directo, porque su entrega fué voluntaria; tampoco podría realizarlo el antiguo poseedor mediato porque no hubo sustracción, extravío ni desaparición involuntaria de ninguna especie, realizada en su persona o en la de su representante posesorio.

Frente a un adquirente de buena fe, ese antiguo poseedor mediato quedará imposibilitado de reivindicar a título de posesión: sólo le será dable la reivindicación de dominio, a condición, claro está, de demostrar la carencia de título por parte del adquirente. ¿Ocurrirá, sin embargo, lo mismo cuando este último hubiese obrado de mala fe? Si el tercero contrató con el mandatario infiel a sabiendas de que lo era, o procedió con grave negligencia, tomando por dueño al simple mandatario, ¿qué solución cabrá? Es este un extremo que tenemos que aplazar para más adelante.

Atengámonos por el momento a la hipótesis en que el reivindicante no alegue mala fe por parte del poseedor, sino únicamente la pérdida involuntaria de que haya sido víctima. Lo que ha conseguido probar es la pérdida o sustracción, y en tales condiciones puede recobrar su antigua posesión procediendo incluso contra los que adquirieron de buena fe. No obstante, estos últimos podrán ejercitar dos medios especiales de defensa puestos a su disposición por la ley.

13. *Excepciones y medios de defensa correspondientes al demandado que sea poseedor de buena fe: la excepción de propiedad.*—Es preciso insistir muy particularmente en los requisitos que han de reunir las excepciones alegables,

porque ellas han de marcar en cierto modo el verdadero carácter de esta acción reivindicatoria, entendida como acción real petitoria fundada en la comparación entre posesiones distintas.

Por tratarse de acción real petitoria, ha de referirse a la cuestión de derecho, con lo cual el demandado contra quien se reclame a base de la posesión podrá defenderse invocando su derecho de propiedad y probar que es el verdadero dueño del objeto. No quiere esto decir que la acción pase de uno a otro terreno; que deje de ser cuestión de posesión para convertirse en problema de propiedad y resultar transformada aquélla en una reivindicación de dominio.

Con un ejemplo se verá mejor la diferencia. Supongamos que ese antiguo poseedor, víctima del robo ocurrido, *A.*, no era dueño de la cosa. Tampoco lo era, naturalmente, el poseedor actual, *B.*, que hoy la tiene en su poder; el propietario era un tercero cualquiera, *C.*, que había perdido a su vez la posesión a consecuencia de un hurto, y que, por tanto, había seguido, por tal causa, siendo dueño. El individuo que de buena fe había adquirido el objeto sustraído, o sea el antiguo poseedor *A.*, sufre el robo antes dicho y encuentra la cosa en poder de una persona cualquiera, que la posee de buena fe. Si la acción entablada fuera la reivindicatoria de dominio, al poseedor actual *B.* le bastaría con acreditar que el actor no había llegado a ser propietario, pues la mera buena fe y el justo título no otorgan la propiedad sobre un objeto robado. El demandado quedaría a cubierto con sólo probar que su contrincante carecía de aptitud para reivindicar en concepto de dueño.

Pero, al tratarse de reivindicación posesoria, la acción no se basa ya en el derecho de propiedad, sino en el robo o pérdida, y el poseedor actual *B.* no podrá ya defenderse con la prueba de que el actor no era propietario: la excepción de propiedad no le dejaría a salvo más que si

lograra demostrar además que el propietario era él mismo.

En este último caso, si el poseedor actual justifica su dominio, y el demandante no actúa sino a título de poseedor, vencerá el demandado, a menos que su contrincante pruebe el derecho personal que le asiste a conservar la cosa en virtud de contrato, como sucedería, verbigracia, si existiera una relación obligatoria que impusiera al dueño el deber de entregar el objeto (en prenda, etc.).

14. *Verdaderos términos de la excepción citada.*— Para que la excepción sea procedente hay que suponer que el poseedor actual es un antiguo propietario desposeído del objeto y que ha logrado recuperarlo. En vez de imaginar el doble robo sucesivo del ejemplo anterior, figurémonos que el dueño, *M.*, es víctima de un abuso de confianza; que hay un adquirente, *N.*, imposibilitado de lograr el dominio sobre el objeto por falta de justo título, y, finalmente, que le es sustraída la cosa y viene a parar a manos de su dueño primitivo *M.* Este continúa siendo su propietario, no obstante el abuso de confianza padecido, porque el adquirente intermedio, *P.*, no reunía los requisitos que para la adquisición exige el § 932. Si dicho propietario *M.* hubiese sido víctima del robo directamente, y el poseedor intermedio *P.*, robado a su vez, le hubiese demandado por acción reivindicatoria, el dueño no hubiera necesitado probar su derecho de propiedad; le hubiera bastado con excepcionar de robo, amparándose en el último apartado del § 1.007. Pero como hemos supuesto que no hubo sustracción, sino abuso de confianza, el poseedor actual *M.* no puede responder a la imputación de robo con la alegación de que también a él le robaron: su defensa ha de basarse en su derecho de propiedad; es menester, por tanto, que lo pruebe.

Podría tratarse de un poseedor que hubiese prescrito con sujeción al § 937. Entonces ha de suponerse que la reivindicación se intenta después de transcurrido mucho

tiempo, ya que la usucapión no se efectúa sino al cabo de diez años. En su virtud, si el antiguo poseedor reivindicara a base únicamente de su posesión, demandando a un tercero que poseyera hace diez años y con las condiciones del § 937, cabría excepcionar alegando dominio consolidado, y lo mismo podrían hacer cuantos sucesores derivaran su derecho del que el demandado hubiese adquirido por prescripción.

Si en vez de un causahabiente por razón de propiedad, hubiéramos de habérnoslas con un simple representante posesorio, podría parecer más espinosa la cuestión, y se presentaría, por lo demás, en la misma forma, fuesen cualesquiera el dueño a que afectara y la manera como hubiese adquirido la propiedad. No es un problema que se refiera exclusivamente a las consecuencias de la usucapión de muebles. Puede ocurrir que un propietario entregara precariamente la posesión, y que luego venga un antiguo poseedor a entablar una reivindicación posesoria basada en su anterior situación y dirigida contra el actual poseedor en nombre ajeno. Siendo una reivindicación dominical, el demandado podría aprovechar el derecho de propiedad de su autor para dejar demostrado que su contrincante, el actor, no es, en realidad, dueño del objeto. Pero en la esfera de la reivindicación posesoria, el demandante no se apoya en ningún derecho de propiedad y le basta con demostrar, en la parte a él concerniente, la sustracción o la pérdida de la cosa, sin que la ley fije tampoco plazo para la caducidad de su derecho por la antigüedad de su posesión respectiva. Sería preciso, pues, que el poseedor así emplazado pudiera excepcionar invocando un derecho de propiedad que personalmente le perteneciera, toda vez que, como hemos visto, no puede aprovechar —al menos en principio— la propiedad correspondiente a un tercero. No le quedaría más que un recurso: hacer que se mostrara parte la persona de quien recibió el objeto, ya que ella también perdería su posesión mediata si la

acción reivindicatoria prosperase; de esta suerte, podrá el nuevo compareciente utilizar todos los medios que ofrece el § 1.007, y, entre ellos, la excepción de propiedad, admitida en beneficio de cualquier poseedor de buena fe. La cuestión, sin embargo, está en saber si, no compareciendo el poseedor mediato y quedando sólo el directo, podría éste fundarse en la posesión mediata de su causante para defender dicha posesión, de la cual depende la legitimidad de la suya propia. Parece que es justo admitirlo, pues no se trata de invocar la propiedad de un tercero para invalidar la prueba que de su dominio haga el actor, cosa que sería ajena a la reivindicación posesoria; se trata de que el poseedor salvaguarde su derecho a la posesión presentándolo como una relación de sucesión directa análoga a las que nacen entre causante y causahabiente; de suerte que para defender su propia posesión está facultado el titular a invocar la de su autor, pues resulta que el mantenimiento de esta posesión depende indirectamente de la excepción de propiedad. Como se ve, el poseedor directo tiene un interés propio, y, por tanto, un derecho personal, en la excepción de propiedad a base del derecho de su causante.

Tales son los matices y requisitos diversos, y bastante delicados, con que se presenta esa excepción de propiedad en favor de los poseedores de buena fe.

15. *La excepción de "pérdida o sustracción anteriores"*.—La segunda excepción de que dispone el poseedor de buena fe es la relativa a la sustracción o pérdida involuntaria de que él mismo hubiera sido víctima con anterioridad.

Veamos, en efecto, lo que preceptúa el texto legal (§ 1.007, apartado 2.°): "Si con respecto al antiguo poseedor la cosa hubiera sido objeto de sustracción, extravío u otra forma de desaparición involuntaria, podrá aquél exigir su restitución incluso a un poseedor de buena fe, a menos que éste sea el propietario o que hubiera resultado privado involuntariamente de la cosa antes de que el anti-

guo poseedor, hoy reivindicante, entrara en posesión de ella." Las últimas palabras del párrafo aluden a las dos excepciones que tiene en su mano el poseedor de buena fe: la excepción de propiedad y la de pérdida involuntaria. De ésta tenemos que ocuparnos ahora.

Supone, desde luego, dicha excepción una pérdida involuntaria sufrida por el poseedor actual y realizada con anterioridad al momento en que hubiera adquirido el objeto el antiguo poseedor que reivindica ahora a base de su primitiva posesión.

Pongamos un ejemplo para que se vea el asunto con mayor claridad, y empleemos letras mayúsculas para designar a los interesados, ya que el caso reviste cierta complejidad evidente. *B.*, poseedor actual, es también un antiguo poseedor que extravió la cosa o a quien se la sustrajeron. Hubiera podido reivindicar en aquel punto y hora, mas no lo hizo, acaso por haberle perdido la pista al objeto y no saber dónde hallarlo a la sazón. En el intervalo, y después del extravío o sustracción indicados, viene la cosa a poder de *A.*, que la adquiere de buena fe. Pero este *A.*, poseedor de buena fe no propietario, porque no basta la simple posesión para lograr el dominio sobre objetos perdidos o robados, viene a ser, a su vez, víctima de otro robo o hurto. Y no es *B.* quien la sustrae al saber que ha ido a manos de *A.*; tal sustracción equivaldría a una pérdida involuntaria que *A.*, legítimo poseedor de buena fe, podría invocar, desde luego, y tornaría a *B.* en una situación de mala fe contraria a lo que por tesis hemos supuesto. Es un tercero, *C.*, quien viene a robar a *A.* Y una vez ocurrido todo esto, *B.* readquiere de perfecta buena fe la cosa que en otro tiempo poseyera. Incluso pudo muy bien recuperarla mediante reivindicación posesoria deducida y ganada contra el tercero *C.*, en virtud del robo o extravío sufrido primeramente por *B.* En estas condiciones el asunto, *A.*, fundándose en la misma causa, demanda a *B.*, poseedor actual, intentando la reivindicación posesoria.

Nos encontramos, pues, ante dos personas víctimas de sustracciones una y otra, y que ambas hubieran podido reivindicar alegando el robo. ¿A cuál de ellas dar la preferencia? Según el § 1.007, deberá otorgarse a *B.*, ya que cronológicamente fué la primera víctima. La posesión adquirida por *A.* después de ser robado *B.* es, por así decirlo, una posesión viciosa, al menos con relación a *B.*; en todo caso, es una posesión inferior a la que actualmente ostenta *B.*, que hubiera podido ser el primero en agraviarse por el robo cometido.

16. *La excepción exige que concurran dos requisitos.*—El precedente ejemplo nos muestra bien a las claras hasta qué punto y con qué título viene esta reivindicación posesoria a ser una acción fundada en la comparación de las posesiones respectivas y en la superioridad que a una haya de reconocerse, ya que, con efecto, da la razón a la que se considere preferente. Es de notar, además, que la excepción de robo precedente invocada por el poseedor actual necesita reunir dos requisitos: 1.°, que el robo se cometiera contra él o su representante posesorio, y 2.°, que fuese anterior a la posesión de su adversario.

Supongamos, verbigracia, que antes de venir el objeto a poder de *A.* había sido materia de sustracción, pero sin que el perjudicado fuera *B.*, sino un tercero cualquiera. En este caso, *B.*, poseedor actual, no podrá desvirtuar la acción reivindicatoria excepcionando de robo. Y, sin embargo, *A.*, antiguo poseedor hoy demandante, adquirió una cosa robada. Ya hemos indicado lo que sucedería si la reivindicación fuese de dominio: el demandado alegaría que la adquisición con buena fe y justo título realizada por el actor no podía conferirle la propiedad de la cosa, con arreglo al § 935; y, destruída con esto la prueba del dominio que el actor ha de acreditar, el deman-

dante—aun siendo víctima de robo o extravío—quedaría vencido por el demandado, poseedor actual.

Pero tratándose de reivindicación posesoria triunfará el demandante, porque no necesita probar su derecho, sino únicamente justificar su posesión y la pérdida que ha sufrido. Con esto le basta; y ese robo anterior que en su contra se alega no atenúa el valor de su posesión, toda vez que no fué su colitigante quien resultó víctima de la sustracción. Por tanto, no proceden contra el actor en este caso ni la excepción de propiedad ni la de sustracción antes ocurrida.

17. *Caso de robo posterior a la pérdida involuntaria en que la acción se basa.*—La solución sería la misma. Figurémonos que *A.* ha sido víctima de un robo. Después, viene el objeto a poder de *B.*, que—a su vez—es robado por un tercero. Pero *B.* entabla la reivindicatoria de posesión contra éste y recupera así la cosa sustraída. Y entonces es cuando *A.* entabla también reivindicación, demandando a *B.* En esta hipótesis nos encontramos con que *A.* y *B.* han sido víctimas de robos o hurtos; pero el cometido contra *A.* ocurrió en fecha más antigua. Como *A.* tenía derecho a la restitución del objeto antes de que *B.* tuviera derecho análogo, es natural que venza *A.*

18. *Recapitulación.*—Tal es el mecanismo de la reivindicación posesoria instada contra el poseedor de buena fe, o sea la prevista en segundo término por el § 1.007, y de que nos hemos ocupado en primer lugar por la mayor frecuencia de su aplicación en la práctica: es, como acaba de verse, el caso en que la reivindicación se basa en la *pérdida* involuntaria sufrida y se dirige contra un poseedor actual de buena fe.

Ahora bien; según habrá podido apreciarse, la palabra "pérdida" debe entenderse en un sentido técnico: es preciso que consista en sustracción, extravío o desaparición de cualquier clase, que haya ocurrido en detrimento del antiguo poseedor, o de la persona que poseía en su

nombre. No es posible considerar incluído en dicha expresión el abuso de confianza cometido por un depositario o apoderado infiel. En este caso, como en la reivindicación de propiedad, el antiguo poseedor se estrellaría contra la presunta buena fe de la posesión invocada por su adversario.

19. *La correlación entre las reivindicaciones dominical y posesoria.*—No por ello ha de concluirse que en esta su primera aplicación la reivindicación posesoria venga a ser una reproducción íntegra de la reivindicación dominical (salvo la cuestión propiamente dicha de la prueba del derecho mismo). Se comprende que se sintiera inevitable propensión a adoptar esa fórmula y ese sistema, tan seductor por su sencillez. Habría bastado con decir que la reivindicación basada en la mera posesión del objeto procedería en los mismos casos y con los mismos requisitos que hubieran hecho prosperar la reivindicación de propiedad cuando se hubiese instado contra un tercero adquirente de buena fe. Es decir, la reivindicación posesoria hubiera venido a ser una especie de reivindicación *útil*, modelada a imagen y semejanza de la reivindicación de propiedad y calcada en sus requisitos de aplicación. Por consiguiente, como la reivindicación dominical fracasa en principio ante la buena fe del adquirente, lo propio acontecerá con la reivindicación posesoria. Ahora bien; dado que la reivindicación dominical triunfa hasta de la posesión de buena fe cuando la cosa había sido robada o perdida, justo será que suceda lo mismo en materia de reivindicación posesoria. Ello no obstante, si el reivindicante por razón de robo había adquirido la cosa procedente de otra sustracción anterior y el demandado es precisamente la víctima del primer robo cometido, podría éste desvirtuar la acción dominical, contra él entablada, alegando que el actor no pudo llegar a ser propietario, toda vez que el objeto procedía de un delito: con esto la reivindicación quedaría enervada; y también en

este caso, el resultado sería idéntico si se tratara solamente de mera reivindicación posesoria. Hasta aquí el paralelismo resulta perfecto; pero ya se ha visto que no puede llevarse más lejos la comparación. Manteniéndonos en el ámbito de la última hipótesis enunciada, caben ya variantes: si se reivindica a título de robo una cosa que había adquirido de buena fe el actor y medió otro robo anterior, aunque no fuese su víctima el ahora demandado, la solución será distinta, según que se reclame la propiedad o la posesión; en el primer caso, el demandado puede excepcionar negando el derecho del actor, pues éste no pudo llegar a ser propietario por impedirlo la ilegal procedencia del objeto; en la reivindicación posesoria, en cambio, la acción prosperaría de seguro, toda vez que se trata precisamente de uno de los supuestos que el legislador quiso amparar. Cierto es que esta diferencia entre ambas reivindicaciones va tan inherente a su objeto y a la causa jurídica en que se apoyan, que apenas cabe hablar de falta de correlación entre sus respectivos requisitos. Dentro de un sistema que hiciera de la reivindicación posesoria una simple prolongación o generalización de la reivindicación dominical, bastaría a deshacer todo equívoco declarar que en el terreno de la posesión no podría el demandado excepcionar alegando falta de derecho (de propiedad) por parte del actor.

Pero ha podido apreciarse anteriormente que la correlación quiebra por otros lados también, sin que baste a explicarlo de modo implícito la diversidad de puntos de partida. Tal acontece, por ejemplo, cuando el poseedor carece de justo título. En este caso, y descartada toda cuestión de prueba, la reivindicación de propiedad triunfaría, desde luego, al menos en Derecho alemán; por el contrario, con arreglo al § 1.007, no cabe sostener que el antiguo poseedor, hoy reivindicante, basándose únicamente en la posesión que tuvo y ha desaparecido, pudiera desbancar a un poseedor de buena fe con sólo demos-

trar su falta de título. Contra el poseedor de buena fe no vale alegar, con eficacia, más que la sustracción o la pérdida; pero si al actor se le privó de la posesión por un abuso de confianza y el poseedor actual creyó tratar con el verdadero dueño, la acción será desestimada aun cuando se pruebe la carencia de título o la nulidad de él con respecto al demandado; no le basta al antiguo poseedor con dicha prueba y con su antigua posesión para recobrar ésta. Al menos, tal es la regla general, contra la que nada diría la posibilidad de dudas en ciertas circunstancias excepcionales: entonces se desplazaría en realidad el problema, llevando la discusión a un terreno completamente distinto, a saber, el de la mala fe y el sentido más o menos lato que haya de darse a este concepto. Con estas reservas, la solución que hemos enunciado debe reputarse acertada, y ella sola basta, sin más, para descartar, por lo menos en la esfera del Derecho alemán, cualquiera clase de correlación que entre ambas reivindicaciones intentara establecerse.

¿Quiere esto significar que por fuerza hayan de aplaudirse estas divergencias de aplicación? De seguro, es fácil descubrir el motivo que haya guiado al legislador alemán. Ya parecía enojoso que el propietario, para ejercicio de su derecho, pudiera alegar la nulidad de un título a cuyo nacimiento no concurrió, o invocar la falta de un justo título que apoyara la posesión y la buena fe de su adversario. Tan singular trato de favor no podía otorgarse en realidad sino por el deseo de salvaguardar a toda costa los derechos del propietario. Pero era imposible hacer otro tanto con respecto al simple poseedor que no pudiera ampararse más que en los derechos nacidos de la posesión misma. Al encontrarse frente a frente con otro individuo que fuera tan poseedor como él era inadmisible que el demandante, sin tener que ventilar cuestión ninguna de dominio, pudiera discutir la existencia y eficacia del título del poseedor actual cuando éste hubiera

obrado de buena fe y tuviera motivos para creerse legítimo dueño.

Pero si la divergencia se explica en una legislación que toma en cuenta el justo título en materia de reivindicación dominical, debe observarse—por el contrario—que la concordancia sería perfecta en un sistema como el nuestro, que se desentiende de la cuestión de título, incluso en la misma esfera de la reivindicación de propiedad. Y pudiera ser un nuevo motivo de censura contra la teoría alemana de la adquisición de buena fe fundada en el justo título el apreciar la consecuencia indirecta a que da motivo en el ámbito de la reivindicación posesoria, o sea la imposibilidad casi ineludible de establecer una correlación exacta entre ambas acciones. En vez de una ampliación pura y simple de la reivindicación dominical a favor de la mera posesión ha habido que crear todo un sistema de jerarquía entre posesiones preferentes, llegándose a una reglamentación que desciende, eso sí, a los matices más sutiles de una equidad refinada, pero que corre el riesgo, en cuanto a la concepción que la sustenta y a la lógica de las posibles aplicaciones prácticas, de alcanzar una inmensa complejidad, susceptible de perjudicar la comprensión y la vulgarización del sistema mismo.

20. *La reivindicación posesoria en su aplicación especial frente a poseedores de mala fe.*—Estudiemos ahora como segunda hipótesis los casos en que la reivindicación posesoria se funda en la mala fe del poseedor.

En estas ocasiones, el reivindicante no tiene que acreditar más que un hecho, o, mejor dicho, dos: su antigua posesión y la adquisición de mala fe por el poseedor actual. No necesita probar cómo él vino a perder la posesión: no ha de justificar la pérdida involuntaria. Al demandado, que lo alegará como excepción, toca demostrar que el propio actor abandonó y le trasmitió voluntariamente la posesión que ahora le reclama. Si consigue demostrarlo, habrá probado el poseedor actual que el reivindicante no puede prevalerse, con respecto a nadie, de una posesión que consintió en abandonar y sobre la cual había perdido, por consiguiente, todo derecho.

Véase, pues, cómo la pérdida involuntaria sigue siendo indispensable (aun descartada toda cuestión de prueba) como requisito de la reivindicación posesoria, incluso contra poseedores de mala fe. Ahora bien; esa pérdida involuntaria ¿se toma aquí en el mismo sentido, más bien estricto y riguroso (1), en que se toma cuando el demandado es un poseedor de buena fe?

Sabemos que en este último caso la pérdida involuntaria no puede consistir sino en la sustracción, extravío propiamente dicho o, en general, cualquier forma de desaparición involuntaria de la posesión, en que no haya intervenido su titular ni quien poseía a su nombre. Si en vez de robo o hurto, cometido cuando el objeto se hallaba en poder de un representante posesorio, medió, por ejemplo, abuso de confianza por parte de éste, y subsiguiente pérdida *ipso facto* de la posesión mediata, ya no podía el poseedor mediato hablar de pérdida "involuntaria" cuando entablara la acción reivindicatoria. El antiguo poseedor que haya perdido de este modo la posesión mediata, por virtud de hechos de su representante, se considera que ha colaborado en el abandono de la posesión, ya que había empezado por desprenderse de la cosa, y ello sin que valga alegar que el acto de trasmisión se efectuó a sus espaldas o incluso contra sus propósitos y deseos. Con ello resulta que el antiguo poseedor fracasaría en la reivindicación posesoria, como hubiera fracasado en la dominical.

¿Ocurrirá lo mismo al reivindicar por causa de mala fe en el poseedor? ¿Se dirá también entonces que el abuso de confianza del representante no determina pérdida

(1) Véase a este respecto lo que se dice *supra*, págs. 355 y ss.

involuntaria para el antiguo poseedor, a cuyo nombre actuaba el depositario o apoderado infiel?

21. *La excepción de "posesión abandonada" y relación que con ésta guarda la "pérdida involuntaria".*—Llegamos al punto más espinoso y discutido de toda esta materia, estando precisamente la dificultad en la redacción confusa y equívoca del texto.

Como se ha visto, cuando el apartado 1.° del § 1.007 se refiere a esta hipótesis, es decir, al caso de reivindicación por causa de mala fe, no hace alusión ninguna al requisito previo de una sustracción o extravío en perjuicio del antiguo poseedor. El último párrafo del texto es el que concede al demandado la facultad de enervar la acción probando que el antiguo poseedor había abandonado la posesión. Ahora bien, ¿en qué consiste este *abandono?*

¿Habrá de darse una interpretación restrictiva y no incluir en tal concepto más que la entrega del objeto, realizada por el antiguo poseedor personalmente, en forma irrevocable y definitiva, y sin reservarse derecho alguno sobre la cosa, ni siquiera la posesión mediata? Entonces, el confiar los bienes a un tercero en concepto de mandato o depósito, verbigracia, no sería abandono de posesión, pues el trasmitente conservaba la posesión mediata. ¿Habrá de admitirse, por el contrario, una acepción más lata, de manera que la mera entrega en depósito, préstamo o arrendamiento constituya, si no un abandono positivo, al menos un abandono eventual y posible de la posesión? No cabe que sea un abandono total e inmediato, porque el antiguo poseedor conserva la posesión mediata; pero pudiera serlo eventual, a modo de primer acto de un posible abandono definitivo, ya que el antiguo poseedor se expone, si no se responde bien a su confianza, a que el depositario, deudor o apoderado entregue por sí la cosa a un tercero, cometiendo un abuso.

Por haberse expuesto a él, corre el antiguo poseedor

el riesgo de que surja un abandono voluntario efectuado por quien en su nombre poseía; y al tener realidad el abuso de confianza, existirá abandono de posesión efectiva y definitivamente realizado, que se opondría a la reivindicación de posesión. De modo que el poseedor actual, aun siéndolo de mala fe, podría escapar a la restitución que de él se pretende: le bastaría con probar que el actor entregó la cosa a un tercero, y que éste, a su vez, había traficado con ella, trasmitiéndola voluntariamente al demandado.

Desde luego, lo que esto significa en realidad es que la reivindicación sólo puede prosperar cuando ha habido pérdida, robo o desaparición involuntaria, tomada esta expresión en su sentido técnico; la acción fracasaría en caso de simple abuso de confianza. Por tanto, el requisito común que autoriza la presentación de la demanda reivindicatoria, o, mejor aún, que asegura el éxito de la acción, es siempre, tanto en uno como en otro caso, y en todas las aplicaciones, la *pérdida involuntaria,* tal como la concibe el § 935, o sea el hecho de que la anterior posesión haya cesado sin que voluntariamente haya intervenido o coadyuvado a ello el antiguo poseedor, ni por sí mismo, ni por obra de ningún representante posesorio.

Esta interpretación muy literal del texto ha sido defendida por PLANCK (1), que se apoya para ello en el sentido, más bien vulgar que jurídico, estricto de la frase "abandono de posesión" empleada por el precepto. Quien confía a otro sus bienes, los *abandona,* al menos en potencia. Más exactamente: PLANCK no dice, en sus propios términos, que quien realice el abandono sea el poseedor mediato; él reconoce, antes que nadie, que al transformarse la posesión *directa* en *mediata,* no se *abandona* la posesión, sino que se conserva y retiene, aunque sea en otra

———

(1) PLANCK, *loc. cit.*, t. III, § 1.007, pág. 283. Cf. GIERKE, *Fahrnisbesitz*, pág. 60.

forma; pero en estos casos de dualidad concomitante de posesiones, si el poseedor directo abandona su propia posesión, hace desaparecer también la mediata, con lo cual puede sostenerse que la posesión mediata misma se ha perdido por causa de "abandono". Cierto que no debería decirse que el poseedor mediato, hoy reivindicante, haya sido quien abandonó la posesión, siquiera sea esto lo que parezca exigir la regla severa del § 1.007; pero PLANCK declara que al haber "abandono" por parte de un representante posesorio no hay ya por qué ocuparse de la participación voluntaria del poseedor mediato, como tampoco habría necesidad de determinarla en caso de robo al representante posesorio, pérdida, etc., con sujeción al § 935. La pérdida experimentada por el representante posesorio equivale a una pérdida sufrida por el poseedor mediato, y lo mismo debe entenderse en materia de abandono. Semejante analogía es, sin embargo, completamente infundada, porque en el caso del § 935 el precepto se enuncia de un modo formal, y dice expresamente que si el robo o pérdida ocurre cuando los bienes estaban en manos de un representante posesorio se entenderá, a los efectos de la reivindicación, que acontecieron con respecto al mismo poseedor mediato de aquéllos. El texto del § 1.007, al indicar que el poseedor de mala fe puede eludir la reivindicación posesoria mediante la prueba de un abandono anterior, no agrega que deba asimilarse a éste, es decir, a un abandono efectuado por el antiguo poseedor de la cosa, hoy reivindicante, cualquier abandono que sin su aquiescencia haya llevado a cabo su representante posesorio. Si nos atenemos, por consiguiente, a la expresión literal del precepto, la interpretación dada por PLANCK no respeta íntegra y estrictamente sus términos, sino que, lejos de ello, añade algo a lo que el § 1.007 contiene y enuncia.

22. *El abuso de confianza de quien es mero instrumento de posesión.*—Ha de notarse, por lo demás, que la solución admitida, o, más correctamente, propuesta, para

el caso de abuso de confianza cometido por un representante que fuese un verdadero poseedor según el nuevo Derecho alemán, no sería aplicable cuando se tratara de un simple detentador subordinado, de una de esas personas que no son sino instrumentos de posesión en nombre ajeno, pero que no tienen posesión por sí; entonces lo que se abandonara sería, no la posesión, sino la detentación puramente material. Ni por su parte, ni menos todavía por parte del poseedor, habría abandono de posesión. Tampoco cabría pensar que el abandono de posesión realizado por el detentador equivale al abandono del mismo amo, porque el detentador no ha podido abandonar una posesión que no disfrutaba; la habrá desviado, substraído, si se prefiere: no la habrá cedido. Por ello no cabría que el nuevo adquirente imputara al antiguo poseedor un abandono que no ha tenido realidad por lo que a él toca, ni siquiera por lo que hace a uno de sus representantes. Al antiguo poseedor le bastaría con alegar el robo o substracción de que había sido víctima. La reivindicación posesoria debe en tales casos, siempre y en todos los sistemas, triunfar de cuantos obstáculos se le opongan. Es perfecto en esta materia el paralelismo entre las opiniones de PLANCK respecto a la oposición que en este punto establece entre *detentadores* y *poseedores en nombre ajeno*, cuando se trata de reivindicación posesoria, y la misma oposición, ya expuesta en sus propios términos, al tratar de la reivindicación dominical (1).

23. *Peligros que acarrea una interpretación literal.*—Fácil es apreciar el grave peligro que esta interpretación ofrece desde el punto de vista práctico. Piénsese que ese poseedor de mala fe no es meramente un adquirente fraudulento, culpable de robo o apoderamiento sospechoso y desleal con respecto a un nuevo intermediario (distinto del

(1) Cf. el estudio precedente, núm. 46, *supra*, págs. 197 y siguientes. Cf. GIERKE, *Fahrnisbesitz*, pág. 50.

poseedor mediato víctima del previo abuso de confianza); ese poseedor de mala fe puede muy bien ser el mismo adquirente que haya venido a sabiendas a aprovechar el abuso de confianza sufrido por el reivindicante. En caso de depósito puede ser la persona que compró de manos del depositario infiel conscientemente y sin ignorar el verdadero carácter del vendedor. Y, sin embargo, el depositante va a verse obligado a una reivindicación de dominio. Y si era, como puede ocurrir, un simple poseedor precario, como no tiene derecho ninguno de propiedad no podrá reivindicar; de otra parte, la opinión antes expuesta le prohibe una reivindicación posesoria, so pretexto de abandono de posesión por su parte o por parte del depositario, lo cual equivale, conforme al § 1.007, al abandono del propio depositante.

En suma: esta interpretación vendría a otorgar al poseedor de mala fe un trato que, salvo la cuestión de prueba, sería tan favorable como el concedido al de buena fe, y conduciría, por ende, a estimular el abuso de confianza. El adquirente de mala fe que hubiera sido cómplice del mandatario infiel estaría a salvo, al menos en cuanto a la reivindicación posesoria, pues es sabido que en la de propiedad no sucedería lo mismo. En la reivindicación dominical, aun no habiendo existido pérdida propiamente dicha, puede el dueño recobrar la cosa de poder de un tercero que la posea de mala fe, y este último no tendrá excepción alguna que alegar. ¿Cómo admitir que el Derecho alemán, creador de una reivindicación posesoria que supla las lagunas de la dominical (sobre todo cuando el demandante carezca de prueba bastante para ésta), no haya establecido entre los requisitos de ambos medios recuperatorios un paralelismo, si no completo, suficiente al menos para que resulte siempre asegurado el triunfo contra un poseedor de mala fe? Lo que se quiso fué que la falta de prueba respecto al dominio no fuese nunca obstáculo para que el antiguo poseedor fraudulentamente

despojado pudiera recobrar la cosa de manos de cualquiera que hubiere participado en el fraude o se aprovechase de él. Es menester, por tanto, que haya manera de ir contra el poseedor de mala fe en todos los casos en que la acción hubiera sido eficaz si se tratara de la propiedad.

Ha de observarse, en efecto, que el texto legal establece una oposición muy clara entre "pérdida" y "abandono de posesión", y esa oposición es precisamente la que —según el § 1.007— viene a diferenciar y caracterizar los casos en que procede la reivindicación posesoria. Cuando el poseedor es de buena fe, se necesita que haya mediado pérdida propiamente dicha; pero si es de mala fe, la acción procede en todos los casos, salvo que hubiera habido abandono de posesión. Siendo esto así, resulta imposible que la reivindicación posesoria con respecto al detentador de mala fe coincida exactamente, excepto en lo relativo a prueba, con lo que se requeriría al demandar a un poseedor de buena fe; y, sin embargo, a esa conclusión habría de llegarse si se estimara que el abandono efectuado por un representante posesorio hubiera de equipararse al emanado del propio poseedor mediato. La consecuencia sería que las peticiones de éste se rechazarían siempre que no hubiese mediado pérdida involuntaria (entendida esta expresión en el sentido que se le da cuando el demandado es un poseedor de buena fe). Para que el precepto legal logre toda su finalidad, es preciso, pues, que entre el "abandono" y la "pérdida" quepan otras modalidades en que el titular quede desposeído y que no entren estrictamente en esas dos categorías; con ello podrá el reivindicante triunfar del poseedor actual, aun en aquellos casos en que se hubiera absuelto de la demanda si ésta se hubiese formulado contra un poseedor de buena fe. Esos casos serán forzosamente los de un poseedor en nombre ajeno que haya desviado de su destino los bienes o cometido abuso de confianza respecto a ellos: no hay entonces substracción ni pérdida en rigor de términos;

tampoco existe verdadero abandono. Es la zona intermedia que permite reivindicar cuando el poseedor obró de mala fe, y que no daría acción si fuera de buena fe el demandado.

24. *El influjo de la práctica.*—En todas estas cuestiones de exégesis propiamente dicha, lo que domina es la inadmisibilidad de los resultados prácticos. El adquirente de mala fe, cómplice del detentador infiel, quedaría a cubierto con sólo probar que los bienes le habían sido entregados, es decir, alegaría "abandono de posesión" en su favor. Y como el abandono proviene de un depositario o apoderado, habría que imputarlo al propio depositante o mandante. Tanto valdría decir que el poseedor de mala fe está autorizado para salvaguardarse al socaire de su propio fraude (1).

No le quedaría al antiguo poseedor otro recurso que probar su derecho de propiedad y acudir con todas sus

---

(1) Cuando el poseedor actual tuvo participación en el abuso de confianza, pudiera creerse que realiza el acto de privar de posesión al titular de la posesión mediata, acto a que se refiere el § 858; por tanto, al citado poseedor mediato correspondería la acción posesoria del § 861. Esta solución parece compatible con el criterio del Código civil alemán, que hace del poseedor mediato un verdadero poseedor, sobre todo si se tiene en cuenta que dicha posesión no es un concepto puramente ficticio, sino un verdadero señorío material, que resulta del reconocimiento de sus derechos realizado por quien posee a nombre suyo. De tal suerte, ciertas exageraciones de estas ideas doctrinales hubieran podido conducir a la atribución de acciones posesorias al mero poseedor mediato, el cual habría estado en condiciones entonces de demandar a quien hubiere adquirido del poseedor directo a sabiendas de que con ello infringía los derechos del mencionado poseedor mediato. Pero todos los autores están conformes hoy en restringir los derechos del poseedor mediato, limitándolos a las medidas de protección que enumera taxativamente el § 869. Y aun cuando se llegara a aceptar en teoría las concepciones un tanto extremosas de GIERKE (cf. *Fahrnisbesitz*, pág. 7, nota 15, y *Deutsches Privatrecht*, II, § 114, n. 45), preciso sería reconocer que los términos del § 858 se oponen a que se estime como privación o despojo de la posesión mediata el pacto en virtud del cual un adquirente recibe el objeto de manos de un representante posesorio, aunque se obrara en fraude de los derechos pertenecientes al poseedor mediato. (Cf. PLANCK, III, § 869, 2.°, y CROME, *loc cit.*, III, § 350, nts. 40 a 43.)

consecuencias a una reivindicación de dominio, ya que ésta prospera siempre contra poseedores de mala fe, sin que éstos puedan invocar tampoco ninguna excepción derivada del abandono del derecho mismo, pues al acreditar este extremo resultaría que el reivindicante no era ya propietario. El demandado podrá desde luego alegar ese abandono de propiedad para contradecir e impugnar la pretensión deducida por el actor; pero no como una verdadera *excepción* en términos procesales, sino como mera negación del derecho que el adversario afirma en su contra. Siempre cabe una negativa de éstas; pero es menester acreditar el fundamento de la negativa: tales son los principios de Derecho común. Al demandante toca, pues, probar su derecho, prueba que se facilita en realidad por la presunción de dominio aneja a su antigua posesión (§ 1.006).

25. *Caso del antiguo poseedor no propietario.*—Si el antiguo poseedor lo fuera meramente a título precario, y no pudiera, por tanto, obrar en concepto de dueño, quedaría desarmado después de lo que llevamos dicho. Y, sin embargo, la reivindicación posesoria se introdujo precisamente mirando a poseedores de ese tipo. De ello resulta que en el caso de abuso de confianza no podrían tales poseedores servirse de dicha acción en contra de los terceros de mala fe. Esto sería inconcebible: no hay razón alguna, de hecho ni de derecho, que pueda justificar semejante resultado.

Por eso los autores que atienden ante todo a las necesidades prácticas y se inspiran para sus exégesis del Código civil alemán en el sentido de la realidad diaria, abandonan esta interpretación rigorista, y desde este punto de vista colocan en un pie de igualdad el abuso de confianza del poseedor en nombre ajeno y la conducta desleal del criado o de cualquier detentador dependiente en general. El abuso de confianza se reputará "pérdida involuntaria" con relación al poseedor mediato, sin poderse impu-

tar a éste ningún "abandono" personal propiamente dicho. Como se ve, ello equivale al caso de substracción cometida por un empleado. Tal es, entre otras, la opinión de CROME (1), que llega así a la equiparación del simple detentador y el poseedor en nombre ajeno. Por cierto que esa asimilación la había intentado ya en otros aspectos, verbigracia, en cuanto a la aplicación de los §§ 935 y 1.006, sin duda porque la consideró prácticamente indispensable en atención a las exigencias del crédito, ya que es muy difícil para los terceros, en la mayoría de los casos, averiguar si contratan con un detentador subordinado o con un poseedor en nombre ajeno, por lo cual debe darse a uno y otro el mismo trato, prescindiendo de todos los matices a que la diferenciación obligaría. Por lo menos en lo referente al § 1.007, ha de reconocerse que la opinión de CROME debe prevalecer, cualesquiera que sean las reservas que deban formularse con respecto a su extensión a otros extremos (2).

26. *Verdadero concepto del "abandono"*.—De todo lo expuesto se desprende que la noción del "abandono" debe restringirse al sentido jurídico del vocablo, comprendiendo únicamente sus dos aplicaciones normales, a saber: la *derelictio* o abandono unilateral y la trasmisión plena de posesión sin que subsista posesión mediata. Cuando el poseedor se reserva ésta, trasmitiendo tan sólo el disfrute y la posesión directa, no cabe sostener que haya verdadero "abandono", pues no "abandona" quien mantiene su situación jurídica de poseedor y conserva todos los medios de defensa que son el acompañamiento de la posesión misma. Indudablemente, se expone a que la persona de su confianza le traicione y disponga de la cosa realizando

(1) CROME, *loc. cit.*, t. III, § 387, n. 60, y las referencias allí hechas, sobre todo la de HELLWIG, *Rechtskraft* (1901), pág. 346, nota 15 *a)*, pág. 351, n. 12. Cf. también COSACK, *loc. cit.*, § 190, nota 9.

(2) Cf. *supra*, pág. 198, n. 1.

por sí una trasmisión que, en lo que le concierne, constituya verdadero abandono. Posible es que el antiguo poseedor procediera con cierta imprudencia; por eso queda privado de entablar reivindicación contra un adquirente de buena fe; pero la imprudencia no significa consentimiento, ni siquiera indirecto, respecto al abandono realizado por su representante, y el pensamiento que anima al Derecho alemán es que el antiguo poseedor no quede desamparado frente a adquirentes de mala fe más que cuando positivamente hubiera aquél desistido de sus derechos, renunciando a ellos de modo definitivo. Para que su acción se desestime es necesario que el poseedor actual pruebe haberse desentendido del asunto el poseedor antiguo, habiendo renunciado a su primitiva posesión en forma tal que incluso la detentación de mala fe no venga a ser un fraude en su perjuicio ni base, por tanto, para acciones judiciales. Así se comprende y se justifica la excepción de abandono puesta al servicio de los poseedores de mala fe. Mas las razones que la abonan no existen cuando el abandono lo efectuó únicamente un poseedor en nombre ajeno, sin participación alguna, consciente ni implícita, del poseedor mediato.

27. *Algunos ejemplos*.—Sólo en dos casos podrá el poseedor de mala fe alegar "abandono": en la trasmisión absoluta y plena de posesión y en el abandono unilateral; tanto en una como en otra hipótesis hay una renuncia a la posesión misma. Supongamos, por ejemplo, que el adquirente fuera un poseedor de mala fe, por haber creído que trataba con un depositario; pero en fecha posterior sabe que, ulteriormente y durante la vigencia del depósito, hubo abandono de la posesión mediata y trasmisión definitiva de la cosa al depositario: el depositante se la vendió. Supongamos también que el traspaso de la posesión no llevaba consigo una trasmisión correlativa de dominio, cosa que se puede perfectamente concebir si se piensa que el depositante acaso no era dueño y que el depositario lo

sabía. A pesar de todo, será forzoso reconocer que hubo abandono por trasmisión plena. El poseedor actual, que adquirió del depositario y que se entera luego del convenio entre éste y el depositante, puede alegar la excepción de abandono si dicho depositante intenta reivindicar a base de su antigua posesión. Igual ocurriría si el poseedor actual, habiendo adquirido el objeto de manos de quien se lo había encontrado, viniera más tarde en conocimiento de que el antiguo poseedor no sufrió pérdida o extravío de la cosa, sino que la abandonó *(derelictio)*. El antiguo poseedor se deshizo del objeto. Creyendo en un extravío, cierto transeúnte hubo de recogerlo; pero luego lo vendió fraudulentamente a un tercero que tenía noticia de lo acontecido y era, por tanto, un verdadero cómplice. Cuando el tercero se entere de que había habido *derelictio*, no temerá a una posible reivindicación por parte del antiguo poseedor, pues podrá oponerle la excepción de abandono, sin que a ello obste la propia mala fe del demandado.

28. *Quien substrajo la cosa puede alegar también la excepción.*—Hay casos en que incluso un ladrón podría prevalerse de la excepción de abandono, si bien nunca contra la misma víctima del robo o hurto. Podemos figurarnos—recordando un ejemplo ya antes utilizado—que el robado fué un poseedor intermedio. Pues bien; aunque dicho poseedor llegara a ser propietario, al menos aplicando el § 932, el antiguo poseedor podría reivindicar, ya que no para pedir un dominio que perdió en definitiva, para reclamar la posesión fundándose en la que antiguamente ostentaba. Esto no ocurrirá más que en un caso: cuando el dominio del poseedor intermedio se hubiese consolidado sin el consentimiento del antiguo poseedor, o sea si media buena fe (hipótesis del § 932). Algo muy distinto ocurriría si el antiguo poseedor hubiera vendido y entregado el objeto. Aun en tal supuesto, si el antiguo poseedor demandara a un ladrón, substractor de la cosa

de manos del nuevo adquirente, el ladrón le respondería negándole derecho a intervenir, toda vez que se había desprendido de la posesión. Estaría en iguales condiciones que un tercero que nunca hubiera sido poseedor y que quisiera demandar a un ladrón bajo el pretexto, verbigracia, de que, en tiempos, el objeto hubo de pertenecer a uno de sus antepasados.

29. *Recapitulación. ¿Unificación de ambas reivindicaciones?*—Queda expuesto el mecanismo de la excepción de abandono en cuanto a su posible utilización por el poseedor de mala fe. Se han visto las hipótesis taxativas en que es procedente. No cabe en los casos de mero abandono eventual, ajenos a la voluntad y previsión del poseedor mediato y sólo imputables a su representante posesorio.

A este respecto hay que mantener constante el paralelismo entre la reivindicación dominical y la posesoria, paralelismo que falla en lo relativo al poseedor de buena fe a causa de los requisitos un tanto artificiales del § 932 en materia de justo título. Pero, en todo caso, hay que mantenerlo plenamente con relación al poseedor de mala fe; contra éste, sea él quien sea, debe facultarse siempre al antiguo poseedor para recobrar la posesión perdida, aunque haya mediado abuso de confianza, con tal que no haya renunciado formalmente a la posesión su antiguo titular. De este modo cabrá la reivindicación exactamente lo mismo que cabe en la esfera de la propiedad contra quienes adquirieron de un depositario a sabiendas de que lo era, o trataron en general con cualquier poseedor en nombre ajeno.

He aquí cómo esta reivindicación posesoria se nos presenta, al menos en esta hipótesis especial de la mala fe, a manera de un substitutivo o un duplicado de la reivindicación de propiedad. En efecto, son muchos los casos en que su campo de aplicación resulta idéntico, con la diferencia, naturalmente, de que una se basa en un simple

hecho, la posesión, y la otra se funda en la alegación de un derecho, la propiedad. Más aún: si con respecto a poseedores de buena fe no insistimos en las diferencias derivadas de la cuestión del título, podemos estimar que ese paralelismo constituye casi la regla general en cuanto a los dos casos de aplicación señalados por el § 1.007. Así resulta, según se ha visto, que la reivindicación dominical se estrella siempre ante un adquirente de buena fe, a menos que haya mediado robo o pérdida; pues bien, lo mismo ocurrirá en la reivindicación posesoria: no prosperará contra un poseedor de buena fe sino cuando hubiere concurrido substracción o extravío del objeto. En ambos casos, por lo demás, fracasará la reivindicación si se hubiere dado abuso de confianza. Por el contrario, con respecto a poseedores de mala fe, el reivindicante de dominio triunfará siempre, salvo que antes hubiera renunciado a su derecho de propiedad; y si se trata de reivindicación posesoria, triunfará en iguales condiciones, es decir, salvo también la hipótesis de abandono de la posesión. Finalmente, con relación a terceros que hayan sido cómplices de un abuso de confianza, la reivindicación prosperará siempre, fúndese en la posesión o en la propiedad, salvo, naturalmente, el caso de abandono y a reserva de una discusión posterior.

Con vista de este paralelismo, tenemos derecho a preguntarnos qué misión le queda atribuída a la reivindicación de propiedad. ¿No vendrá la reivindicación posesoria a reemplazarla por doquiera? Por consiguiente, ¿no se confundirán ambas acciones en una sola, ya que incluso en la reivindicación dominical le bastará al actor con alegar su posesión, motivo suficiente para que se presuma la propiedad? En el fondo, ¿no habrá una sola y única acción, basada en la posesión anterior y susceptible de poner en juego, según los casos, la misma propiedad o únicamente la posesión?

30. *El poseedor de mala fe y la reivindicación posesoria.*—Antes de examinar en detalle el problema que tales interrogaciones plantean, necesitamos puntualizar lo que haya de entenderse por poseedor de mala fe conforme al § 1.007. Porque desde cierto punto de vista la expresión parece bastante vaga. No se refiere, evidentemente, al sentido un poco restringido que da el § 932, a tenor del cual existe mala fe siempre que se hubiera sabido la falta de derecho del trasmitente, o hubiera debido saberse de no mediar por parte del adquirente grave negligencia, es decir, cuando a conciencia de lo que ocurre se reciben los bienes de manos de quien no era propietario (*). No se quiere decir con esto que el adquirente hubiera sabido o debido saber que el dueño era el hoy reivindicante: basta con que supiera que estaba tratando con quien no era propietario. No se exige que se cometa un fraude directa y personalmente contra el verdadero titular: es suficiente que el hecho le afecte indirectamente, puesto que al contratar con un no propietario, de sobra se alcanza que se va a causar quebranto al auténtico dueño; pero no es preciso conocer a éste. Y, en realidad, esto es lo que sucederá más a menudo: quien adquiere de un mandatario, o de quien trató recientemente con un mandatario no autorizado para enajenar (mandatario o depositario, por lo demás), estará enterado, o debería estarlo, de que la cosa proviene de un abuso de confianza, siendo irregular, por tanto, su circulación; pero no tendrá noticia exacta de quién sea el mandante o depositante.

Y, sin embargo, cuando se trata de reivindicación posesoria, esa definición de la mala fe ha de resultar insuficiente por completo, pues aquélla obedece a la idea de no dejar escapar a poseedores que, si bien no contrataron propiamente con el dueño, pueden haber sucedido en su posesión, más o menos directamente, sabiendo o creyendo que estaban entendiéndose con el propietario. Ya hemos

(*) [Comp. arts. 433 y 1.950 del Código civil español.]

visto el caso de quien roba la cosa a un adquirente de buena fe, que al amparo del § 932 había consolidado su dominio sobre ella: supo que iba a adquirir de manos del propietario (así lo creyó al menos) mediante un procedimiento que como mínimum era de yuxtaposición de posesiones; no se le ocurrió siquiera el pensamiento de que pudiera existir un dueño distinto del que él conoce, ni cabe concebir que el ladrón se propusiera agraviar los derechos de ninguna otra persona, fuera de la víctima de la substracción, claro está. Ello no obstante, es un individuo diferente quien va a iniciar el proceso reivindicatorio (admitámoslo así a los fines de argumentación): no entabla la demanda el sujeto víctima del robo, sino el antiguo propietario, decaído ya de su derecho de propiedad, y contra quien el ladrón no resulta culpable de ningún género de fraude, ni directo ni indirecto: él no atentó más que contra los derechos del propietario, sea éste quien fuere, y precisamente el antiguo poseedor ha dejado de serlo, pues el adquirente de buena fe consolidó su dominio. El único que, en su virtud, podría reclamar es este adquirente de buena fe, dueño exclusivo en la actualidad; pero en nuestra hipótesis permanece inactivo. Si el pleito se produce en torno a la reivindicación de propiedad, carecerá de acción el antiguo poseedor, ya que no puede seguirse titulando dueño. En cambio, la reivindicación posesoria va a permitir al primitivo poseedor (a condición, naturalmente, de que no haya mediado abandono inicial de posesión) que proceda contra cualesquiera personas que hayan substraído después el objeto, aunque las víctimas inmediatas y directas del robo o hurto no formulen reclamación alguna. Todo ello pone de manifiesto que en materia de reivindicación posesoria no se necesita que la mala fe afectara directa ni indirectamente a la persona que deduce la acción. De otra parte, no cabe contentarse con decir, como lo hace el § 932, que es menester haber sabido o debido saber que el trasmitente no era propietario, pues el ladrón sabe muy bien que perjudica al dueño. Lo que resulta irregular en realidad es el procedimiento de adquisición: no es que falle el derecho del poseedor precedente. La mala fe ha de definirse, por tanto, en función del modo mismo como se adquirió la cosa y de la irregularidad que entraña, no con relación a su contenido ni a la carencia de derecho por parte de la persona a quien se sucede en la posesión.

Entonces, ¿cómo definir exactamente la expresión con arreglo al § 1.007?

31. *La falta de diligencia en la averiguación de la calidad del trasmitente.*—El aparente laconismo del precepto legal suscita todavía otra cuestión, mucho más fácil de resolver, desde luego. Habla el texto de "adquirente de la posesión que no era de buena fe" y no indica expresamente, como se hace en el § 932, que deba asimilarse al caso de adquisición irregular conscientemente efectuada el caso de quien debía haberse enterado y por no haberlo hecho incurrió en negligencia inexcusable.

Lo que ocurre es que la segunda Comisión entendió que, desde este punto de vista, el § 932 contenía, ya que no una definición general de la buena fe, una de sus características legales al menos.

Como acaba de verse, parece indudable que dicho § 932 no se propuso especificar de una vez para siempre qué cosas habían de saberse para que la adquisición fuera de mala fe, porque este extremo, el *objeto* de ese conocimiento, varía a compás de las diferentes hipótesis que puedan ofrecerse para la determinación de la buena o mala fe. Ahora bien; aunque el objeto pueda cambiar, cuando se hayan establecido para cada caso los hechos sobre que aquél haya de recaer, ya no hay semejante variación; y entonces no variará tampoco la asimilación, legalmente decretada, entre el conocimiento positivo del hecho mismo y la falta de conocimiento imputable a culpa lata.

El § 932 se propuso sentar una de las características

legales de la buena fe (para todos los casos en que la ley no mande lo contrario) al declarar que para obrar de buena fe no bastaba con ignorar los hechos que hubieran podido constituir mala fe, sino que además se necesitaba que esa ignorancia no proviniera de culpa lata.

La segunda Comisión aceptó esta asimilación entre ambos conceptos para todos los preceptos relativos a posesión de bienes muebles en que se hablara de la buena fe. El primer proyecto, al referirse a esos casos, aludía siempre formalmente a "conocimiento positivo" o "falta de conocimiento imputable a grave negligencia"; y en todos ellos, esta fórmula se sustituyó luego, con propósito tan sólo de simplificación, por los términos ya consagrados del § 932. Se entendió, pues, que la posición de quien no obró de buena fe comprendía dos hipótesis: haber sabido lo que ocurría, o haberlo ignorado por grave negligencia. Es el procedimiento que, en fin de cuentas, hubo de adoptarse para redactar el § 937 en materia de usucapión de muebles (1). Y lo mismo ocurrió con el § 990, por lo que toca a la responsabilidad del poseedor de mala fe respecto al propietario reivindicante (2). Por último, se aceptó análoga terminología en el § 1.007 acerca de la reivindicación posesoria. La enmienda presentada sobre el particular, y que la segunda Comisión admitió definitivamente en su disposición de fondo, no deja duda alguna acerca de este extremo (3).

De nuevo nos encontramos, pues, con un punto de contacto entre los requisitos de la reivindicación posesoria y los que se exigen para la dominical. Esta última procede contra poseedores que *supieron* o *debieron saber* que adquirían *a non domino* (§ 932); aquélla se dará, análogamente, contra cualesquiera poseedores que *hayan conocido* o *debieran conocer* el hecho concreto determinante de la mala fe.

(1) Cf. PLANCK, § 937, t. III, pág. 193. Cf. *Protokolle*, III, páginas 228-230 y 233.

(2) PLANCK, *loc. cit.*, § 990, pág. 259.

(3) Véanse los *Protokolle*, t. III, pág. 381 (enmienda núm. 8) y página 383. Cf. PLANCK, § 1.007, t. III, pág. 282, y GIERKE, *Fahrnisbesitz*, pág. 51, n. 19.

32. *Hecho que constituye en mala fe al poseedor.*— La averiguación de cuál sea ese hecho envuelve el problema ya antes planteado y que ahora necesitamos examinar. Se recordará que, a estos efectos, no es aplicable del todo al concepto de la mala fe según el § 1.007 la definición que de la misma da el § 932. Pero algunos textos del Libro III, que aluden a la mala fe, nos ofrecerán ejemplos de redacción que pueden ayudarnos a resolver los casos particulares en concreto. Así, verbigracia, se prevé la hipótesis de un poseedor que inicialmente lo fuera de buena fe, y que después deje de serlo, y se nos dice con este motivo qué cosas ha de haber sabido para convertirse en poseedor de mala fe (y lo que haya sabido ulteriormente para venir a parar en esto será precisamente lo que hubiera tenido que conocer inicialmente para ser desde un principio poseedor de mala fe). El § 937, relativo a usucapión, se refiere a quien durante el curso de ésta sabe que no ha llegado a ser propietario: es una fórmula menos rigurosa, y, desde luego, más amplia, que la del § 932. Y en cuanto a la responsabilidad por parte del poseedor de mala fe, el § 990 prevé igualmente la *mala fides superveniens* y habla de quien tardíamente se entera de que no tiene derecho a la posesión: fórmula de mayor extensión aún que la admitida en materia de usucapión. La primera de las enunciadas comprendía a la vez la falta de derecho del enajenante—punto de vista del § 932—y el vicioso procedimiento de adquisición. La segunda va más lejos aún: en términos generales alude a la carencia de todo derecho a la posesión. Y se concibe todavía la posibilidad de ocasiones en que no se tenga derecho a conservar la posesión, aunque la adquisición hubiera sido, en cuanto a la forma, un procedimiento normal de adquirir la propiedad: tercer grado de extensión que excede a los ante-

riores. Cierto que el § 1.007 no ha tenido que darnos una definición de esta clase, lo cual obedece a que la mala fe ulterior no rige para estos efectos. En materia de reivindicación posesoria, quien era poseedor de buena fe en el momento de la adquisición conserva dicho carácter en todo tiempo, aun cuando la primitiva ignorancia de los hechos que determinarían la mala fe haya desaparecido posteriormente.

Los comentaristas no han vacilado en admitir la definición amplia del § 990, no sólo por la analogía de ambos puntos de vista, sino por la semejanza que sobre todo ofrecen las fórmulas jurídicas respectivas, puesto que en uno y otro caso se trata de la obligación de restituir que con respecto al reivindicante incumbe al poseedor de mala fe. Ahora bien; según el § 990, la mala fe consiste en saber que no se tiene derecho a la posesión; este mismo concepto se aplicará, por tanto, al caso de reivindicación posesoria del § 1.007; y el propio criterio se empleará con relación a la hipótesis, antes estudiada, de un ladrón que sustrae el objeto de manos de un poseedor intermedio, convertido luego en dueño conforme al § 932, y no es demandado por éste, sino por el antiguo poseedor, cuyo derecho de dominio había ya desaparecido; sin perjuicio de lo cual puede alegar que el actual detentador es un poseedor de mala fe porque adquirió su posesión ilegítimamente y sabe que no tiene derecho a ella. A este respecto, ha de confesarse que la definición del § 937, relativa al vicioso medio de adquisición, hubiera bastado, desde luego.

33. *Otras aplicaciones.*—La fórmula aceptada se presta a no pocas. Pensemos, por ejemplo, el caso de un propietario que recobra la posesión del objeto a él perteneciente, cuyo disfrute había cedido, sin embargo, en alquiler. Aunque este dueño tiene derecho a la posesión, no está autorizado, con relación al inquilino, a conservar la posesión a sus expensas. Tiene derecho a la posesión frente a terceros, pero no con respecto al arrendatario. Si éste pierde

la posesión, o se ve privado de ella por el abuso de confianza, verbigracia, de un subarrendatario y la cosa vuelve a manos del propietario, éste será poseedor de mala fe, a tenor del § 1.007 (1).

Como se ve, esta manera de entender la mala fe podría restringir en cierto modo (al menos en determinadas condiciones que se habrían de puntualizar) aquel principio según el cual la cuestión de título no debe tenerse en cuenta cuando se trata de reivindicación posesoria. No hay duda de que invocando la mala fe del poseedor podría a veces reivindicar la posesión quien no fuera siquiera dueño, ni tuviera, por tanto, derecho a ejercitar la reivindicatoria de propiedad: tal podría hacer, por ejemplo, la persona de quien el actual detentador tiene la cosa, siempre que el título sea nulo o inexistente, y que, constándole al adquirente su carencia de título y su consiguiente falta de derecho, se obstine en retener el objeto, o llegue incluso a trasmitirlo, a sabiendas de la irregularidad que viciaba su adquisición, o, mejor aún, de su indicada falta de derecho. Acaso se diga que la ventaja así lograda es muy pequeña, pues tratándose de quien intervino en la creación del supuesto título ostentado por el adquirente fácil le sería en todo caso, dada su nulidad o inexistencia, ejercitar una acción personal fundada en el enriquecimiento sin causa. A pesar de todo, pudiera suceder que, sin embargo, tuviera interés en valerse de una acción real, eficaz contra terceros, y, por tanto, contra un subadquirente. Tal ocurriría, por ejemplo, si el subadquirente hubiera sabido que quien le trasmitió el objeto no tenía derecho a la posesión, ni menos aún a disponer de la cosa, por ser nulo su título: entonces es también contraria a Derecho la adquisición por él realizada, y él se convierte en poseedor de mala fe. Con todo ello resultará que el primer ena-

(1) Cf. PLANCK, *loc. cit.*, pág. 282, y GIERKE, *Fahrnisbesitz*, página 51.

jenante, que hubiera podido reivindicar contra el adquirente intermedio por razón de mala fe, estará en condiciones de reivindicar asimismo de manos del subadquirente con igual fundamento jurídico. En todas estas hipótesis no hay dificultad porque esos sucesivos adquirentes son poseedores de mala fe con respecto al reivindicante, y, en su vista, no estuvieron nunca autorizados para adquirir la posesión.

34. *Caso en que el derecho a la posesión no falta "erga omnes", sino frente a algunos.*—La situación reviste mayor complejidad cuando la falta de derecho resulta meramente "relativa", digámoslo así, porque no existe sino con relación a una persona, y no con respecto a las demás. Baste recordar el ejemplo anterior y suponer que, en vez del primer enajenante, frente al cual el título de adquisición era nulo, el caso se plantea con relación a un tercero que reivindica por causa de posesión, no por razón de propiedad. Imaginemos que las cosas suceden así: robado un objeto, viene a poder de un adquirente de buena fe, *B.*; entregado por éste en depósito, el depositario, *C.*, comete un abuso de confianza y dispone del objeto; éste viene a parar entonces a manos de otra persona, *D.*, que también lo adquiere de buena fe. Por tratarse de un objeto procedente de robo, no es posible que *B.* ni *D.* lleguen a ser propietarios de él. En su virtud, si el verdadero dueño de la cosa y víctima del robo, *A.*, quisiera reivindicar en tal concepto, su acción triunfaría, desde luego, tanto contra uno como contra el otro adquirente. En cambio, si *B.* intentara la reivindicación, no podría hacerlo sino en la esfera posesoria, y no tendría acción contra *D.*, toda vez que la posesión de éste era de buena fe, y el reivindicante no podría alegar robo ni extravío de la cosa. Supongamos que ese adquirente de segundo grado, creyéndose propietario, vende la cosa y la entrega a un nuevo comprador cuyo título sea nulo, ya por incapacidad del trasmitente, ya por cualquiera otra causa de nulidad absoluta; y supongamos

también que el comprador tenga noticia de todo esto. Con respecto al vendedor, al adquirente último es poseedor de mala fe desde el comienzo mismo. En la reivindicación dominical sabemos ya que el adquirente primitivo podría, a condición de ser dueño, ejercitar la acción e invocar la nulidad del título, aunque él no hubiera intervenido en su creación. Pero siendo mero poseedor y reivindicante posesorio nada más, no puede alegar la falta de título; ¿podría, al menos, alegar la mala fe del actual poseedor y reivindicar la cosa, aunque permanezca inactivo el último enajenante?

La cuestión se presta a discusiones. Cabría inclinarse hacia la afirmativa por analogía con lo ya dicho respecto al ladrón que substrae el objeto a un poseedor intermedio de buena fe. Aunque el primitivo propietario haya perdido ya su derecho (por haber usucapido, verbigracia, el poseedor intermedio), y el robo no haya podido perjudicar un dominio que ya no le pertenece, hemos indicado antes que, por tratarse de una posesión de mala fe, cabe la reivindicación contra el sustractor o sus causahabientes que tuvieran noticia del hurto. Pues bien; las circunstancias parecen muy semejantes si, en lugar de robo de la cosa, nos encontramos en presencia de un título nulo, cuyo poseedor hubiera conocido la nulidad al entrar en posesión. ¿No cabe decir que en este caso tampoco existe verdadero derecho a la posesión, y que, siendo así, la carencia de derecho se da *erga omnes*, es decir, contra cualquier poseedor precedente que hubiera perdido la posesión sin mediar abandono voluntario por su parte?

Hay, sin embargo, un matiz que no debe olvidarse, y es que el robo constituye en realidad un procedimiento de adquisición irregular y fraudulento *erga omnes*, lo mismo que el hecho de aprovechar sus efectos, y que, por tanto, cualquiera puede basarse en ello para acusar al poseedor de mala fe. En cambio, habiendo existido tradición, no puede ya decirse—aunque sea nula, y menos aún si la

nulidad sólo afecta al contrato—que el procedimiento de adquisición empleado sea constitutivo de mala fe; ésta no resulta sino del conocimiento que los interesados tienen de ciertas circunstancias jurídicas puramente personales; de modo que la falta de derecho del actual poseedor no se manifiesta más que con respecto a la otra parte; no cabe decir que la posesión sea defectuosa *erga omnes*. El derecho a poseer nace de haber recibido la posesión de manos de una persona a quien se creía propietario; habiéndose obtenido la posesión por un procedimiento que, en sí mismo, y en su forma abstracta y su materialidad jurídica, constituye un medio normal de adquisición, puede ostentarse frente a terceros el derecho a poseer, derivación lógica de haber creído que se contrataba con el dueño. Aun cuando el referido título sea nulo, mientras no lo haga constar así el trasmitente, recobrando su posesión con tal motivo, el adquirente está autorizado para poseer con respecto a terceros, y es poseedor de buena fe con relación a ellos, pues le basta su convicción de haber tratado con el verdadero dueño del objeto. Para que la posesión fuese de mala fe sería preciso que el adquirente hubiese pactado con quien no era propietario, a sabiendas de la condición de éste (sin que, por lo demás, importe que él mismo fuera o no víctima de error respecto a la existencia de su propio derecho). También sería de mala fe una posesión adquirida a virtud de un acto fraudulento (substracción, verbigracia), sin necesidad de que mediaran circunstancias personales. Ahora bien; si el acto, en cuanto tal, es conforme a derecho, y la mala fe no existe sino con respecto a un interesado en particular, y con motivo de relaciones jurídicas puramente personales suyas, entonces no tienen acción los terceros para reivindicar a base de mala fe en el poseedor.

Puede hallarse en la obra de PLANCK, al comentar el § 990, un ejemplo muy semejante al anterior y que permitirá puntualizar estos extremos (1); presenta dicho autor el caso de un poseedor en nombre ajeno (usufructuario, inquilino), que recibe la cosa *a non domino*, siendo nulo el usufructuo o el arrendamiento y conociendo esta nulidad el usufructuario o arrendatario cuando toma posesión del objeto. Esto no bastaría, sin embargo, para constituirles en situación de mala fe con respecto al propietario auténtico, pues ellos creyeron tratar con el verdadero dueño, y no incurrirían en mala fe con relación al reivindicante más que en el caso de haber sabido que estaban contratando con quien no tenía derechos sobre la cosa.

Véase en qué medida, muy escasa por cierto, atenúa la definición dada de la mala fe aquella regla según la cual la reivindicación posesoria no tenía en cuenta el justo título (2).

Forzoso es también reconocer que esa misma regla se refiere a casos muy excepcionales, y que si prácticamente se cree poder prescindir de ella volvemos a la idea de que cabe reivindicar contra cualquier poseedor de mala fe, entendiendo por tal, no sólo el que conoció su falta de derecho, sino quien dejó de conocerla por ignorancia inexcusable.

Por consiguiente, también subsiste aquí la correlación entre las reivindicaciones dominical y posesoria. Con ello volvemos a un problema antes planteado, a saber: si en la práctica no resultará aquélla absorbida por ésta.

35. *Condiciones comunes a los dos casos de reivindicación posesoria. Excepciones comunes: la de "posesión abandonada"*.—Del dualismo de acciones tenía que resultar la cuestión que hemos enunciado; pero no podemos dar respuesta sin examinar un último punto: ¿cuáles son las condiciones comunes a una y otra hipótesis de reivindicación posesoria?

---

(1) PLANCK, § 990, III, pág. 259.
(2) Cf. *supra*, el núm. 2 de este mismo estudio, pág. 339.

Esas condiciones se refieren en primer término a las excepciones y medios de defensa que el demandado puede emplear en ambas hipótesis; afectan, además, a la determinación de qué posesión sea la que pueda fundamentar la acción reivindicatoria.

Veamos, ante todo, las excepciones comunes. El § 1.007, que se ocupa de ellas en su apartado último, señala dos: una que ya hemos estudiado en su aplicación primordial, la excepción de "posesión abandonada", y otra que es la excepción relativa a "mala fe del antiguo poseedor".

Ya hemos visto en qué esfera encuentra aquélla útil aplicación: cuando se trata, sobre todo, de reivindicaciones posesorias instadas contra un poseedor de mala fe. El precepto legal la admite, sin embargo, como excepción común, que podrá igualmente emplearse por poseedores de buena fe cuando la reivindicación se funde en pérdida involuntaria, siquiera en este caso, como ha observado muy bien GIERKE (1), no hay, en realidad, verdadera excepción, sino contradicción directa de los alegatos del actor, pues, en efecto, se reduce a negar pura y simplemente el requisito previo de la pérdida involuntaria en que se apoya la acción. El reivindicante sostiene que ha perdido el objeto, y en ello se funda para reclamarlo, incluso de poder de un adquirente de buena fe. Este, a su vez, responderá que la tal pérdida era un positivo abandono de posesión, porque hubo *derelictio*. Y si el reivindicante transforma en motivo de la reivindicación lo que no fué sino un robo sufrido por su representante posesorio, el actual poseedor, que por hipótesis lo es de buena fe, contestará que el pretendido robo fué un verdadero abuso de confianza, en virtud del cual el depositario o apoderado trasmitió la posesión, *abandonándola* por tanto. Y ya sabemos que, cuando se trata de ir contra un poseedor de buena fe, el abandono del representante posesorio debe estimarse realizado por

(1) GIERKE, *Fahrnisbesitz*, pág. 59.

el mismo poseedor mediato. Por tanto, la pretendida excepción se reduce, pura y simplemente, a negar que hubiera robo o pérdida. Unicamente en apariencia, por así decirlo, cabe encontrar hipótesis de sustracción o extravío, en que, sin embargo, sea alegable la excepción de abandono; por ejemplo, el caso de un poseedor que, conservando el objeto, haya entregado la posesión, conforme a lo previsto en el § 854, apartado 2.° (pacto de trasmisión posesoria), y estando en estas condiciones es víctima de un robo, desapareciendo la cosa antes de haber pasado a manos de su verdadero poseedor; o también, si se prefiere, supóngase que es el antiguo poseedor quien, teniendo en su poder aún el objeto, lo pierde en esa forma. Hay robo o pérdida, aunque haya mediado también abandono de posesión. Si quisiera el antiguo poseedor reivindicar y demandara a un adquirente de buena fe, fundando la acción en el robo o pérdida de la cosa, el adversario contestaría alegando la excepción de abandono. Pero ¿no cabe decir que en todo esto no hay sino simple apariencia? El robo o pérdida, en efecto, lo ha experimentado y lo sufre quien tenía la posesión del objeto; quien mientras tanto guardaba éste en su poder no era más que un simple detentador. El caso es igual al del criado que pierde una cosa, o se la quitan: no es él quien resulta víctima del extravío o sustracción, sino el amo que le confió el objeto. En su virtud, y volviendo a la primera hipótesis, si el antiguo poseedor pretendiera apoyarse en el robo o pérdida, el adquirente de buena fe le contestaría que ni era él (el actor) quien había sufrido tal quebranto ni tenía, por consiguiente, base para instar la reivindicación en tal concepto. Resulta, pues, que la pretendida excepción de abandono no sería sino un modo de acreditar que el extravío o sustracción que se alegan como fundamento de la acción no pueden servir para ello en la hipótesis de que se trata.

Esto sentado, y salvados los principios en cuanto al

fondo, no hay inconveniente en decir que el poseedor de buena fe puede esgrimir la excepción de abandono de la posesión. Ya sabemos cuál es, a pesar de todo, su verdadera naturaleza y su carácter exacto.

36. *La excepción de "mala fe por parte del antiguo poseedor"*.—La segunda de las excepciones comunes se basa en alegar que el antiguo poseedor procedió de mala fe al adquirir la posesión, porque siempre que se habla de la mala fe de un poseedor—valga la indicación con carácter general—hay que situarse precisamente en el momento en que entra en posesión. Como ya hemos visto, la mala fe de un poseedor consiste en adquirir posesión del objeto en condiciones que son, y a él le consta, irregulares e incompatibles con la idea de una trasmisión jurídica. Poco importa que la cuestión surja luego con quien tuviera derecho o no sobre la cosa al realizarse la adquisición: basta con que el poseedor sepa que adquiere de quien no tenía derecho. Así, por ejemplo, en la mayoría de los casos de reivindicación posesoria, el actor no era dueño del objeto, y la mala fe de su adversario no pudo, en realidad, dirigirse contra su derecho, ya que carecía de él. La mala fe no consiste en creer que el antiguo poseedor era propietario, pues no lo era en efecto: consiste en haber sabido que no era dueño el individuo de quien se adquiría. Las cosas siguen igual camino, por lo demás, cuando se trata de reivindicación dominical: no se exige que el poseedor supiese quién era el propietario y haya intentado perjudicarle; para que el poseedor lo sea de mala fe, es suficiente que supiera estar contratando con quien no era dueño; que el enajenante disponía indebidamente de la cosa; o, con mayor motivo aún, que el adquirente hubiera realizado la substracción del objeto, hurtándolo, o apoderándose a sabiendas de lo extraviado, o quedándose con una cosa que le consta no le correspondía (poseedor mediato que, aun siendo dueño del objeto, recobra la posesión sobre él en detrimento de los derechos

que había reconocido a un poseedor directo). En eso, y no en otra cosa, consiste la mala fe del adquirente: siempre ha de referirse al instante mismo de la adquisición y encarnar en el procedimiento o condiciones que para ella se siguieran. No se toma en consideración que, siendo la adquisición irregular, sólo tardíamente tuviera el poseedor noticia de que el trasmitente carecía de derecho. En toda esta materia, la noción de la mala fe es la misma cuando se trata de reivindicación posesoria que de la dominical al amparo del § 990, y trátese de mala fe del poseedor actual o del antiguo poseedor (extremos de que con todo detalle nos hemos ocupado antes) (1).

Supongamos, pues, con vista del § 1.007, apartado último, que se acusa al antiguo poseedor de haber adquirido de mala fe, es decir, haber obrado de mala fe al adquirir la posesión, y busquemos un ejemplo que ponga bien de relieve el género de hipótesis que hubo de tenerse en cuenta.

Hemos visto ya que en caso de objetos robados anteriormente, el adquirente no puede consolidar dominio sobre ellos a causa del *vitium furti* (§ 935), pero podrá reivindicarlos en las condiciones marcadas por el § 1.007 si es que, a su vez, le son sustraídos a él. Todo esto es cierto en principio; ahora bien, se necesita que ese antiguo poseedor ignorase el robo primitivo cuando entró en posesión de los bienes, porque de lo contrario su posesión sería de igual índole que la de su contrincante, y nunca de calidad superior o preferente, aunque dicho adversario fuese poseedor de mala fe. Y si lo fuera éste de buena fe, la posesión del reivindicante sería inferior. De todos modos, aun mediando mala fe por parte del poseedor actual, no hay razón para que triunfe el poseedor antiguo, debiendo aplicarse el antiguo adagio: *in pari causa, melior est causa possidentis.*

---

(1) Cf. *supra*, núms. 30 y s., págs. 384 y ss.

37. *La excepción de propiedad, excluída de las excepciones comunes.*—Sorprende de primera impresión que el § 1.007 no incluya dicha excepción en el grupo de las comunes, admitiéndola tan sólo cuando la reivindicación se intenta contra poseedores de buena fe, únicos que, por tanto, pueden utilizarla. Y, sin embargo, no es imposible el caso de un poseedor que, siendo propietario del objeto, hubiese adquirido de mala fe su posesión (claro es que manteniéndonos siempre dentro de la esfera puramente posesoria).

Cabe suponer que el antiguo poseedor sea un subarrendatario de la cosa; se trata, por ejemplo, de un cuarto amueblado que tomó en arrendamiento *A.* y que ha subarrendado a *B.* Uno de los muebles que había desaparece, perdiendo su posesión el subinquilino a consecuencia de un hurto o de un extravío propiamente dicho. Y, rodando las cosas, ese mueble viene a manos del arrendador primitivo, *C.*, que por hipótesis es propietario de él. Ahora bien: *C.* recobra la posesión a sabiendas de la manera irregular con que el mueble desapareció, y constándole que, a virtud del contrato estipulado, está en la obligación de dejar su disfrute al poseedor último. Por tanto, si este último, *B.*, convertido en poseedor último con respecto al propietario *C.*, reivindica sobre la base de su anterior posesión, y acusa al dueño de haber adquirido de mala fe, el demandado *C.* no podrá excepcionar alegando su derecho de dominio porque su actual posesión puede considerarse afectada con la nota de mala fe.

Por consiguiente, al suprimir la excepción de propiedad en favor de poseedores de mala fe se ha querido ante todo defender la situación de aquellos poseedores en nombre ajeno que tienen un derecho personal a la posesión del objeto.

Ahora bien: se observará que en la hipótesis, examinada antes, de un poseedor mediato cuya mala fe con respecto al poseedor directo no le permita resistir la reivindicación cuando éste quede irregularmente desposeído, las cosas suceden así porque la acción la entabla el poseedor directo, y no un tercero, aun cuando el último fuera también un antiguo poseedor que pudiera tener derecho a la reivindicación (salvo que se hallara en las condiciones señaladas por el apartado 1.° del precepto, es decir, en caso de robo, extravío o desaparición involuntaria ocurrida en perjuicio suyo). Imaginemos, verbigracia, que *A.*, antiguo poseedor, ha sido víctima de un abuso de confianza, y después de diversas trasmisiones sucesivas de la cosa la encuentra en poder de un detentador intermedio, *B.*, que la adquirió de buena fe, la dió luego en usufructo o arrendamiento a *C.* y la ha recogido, finalmente, de modo irregular de poder de dicho usufructuario o inquilino. El antiguo poseedor *A.* no podrá invocar mala fe por parte de *B.*, porque su adquisición fué de buena fe, y si ésta ha faltado habrá sido al recuperar indebidamente la posesión sacando el objeto de manos de *C.* Pero *A.* no puede tomar en cuenta sino la posesión inicial de *B.*, y no su situación presente, derivada de actos posteriores que no afectan al derecho de *A.* El recobro irregular de la posesión directa no tiene eficacia sino con respecto al perjudicado *C.*, pues entonces el conflicto surge entre dos posesiones directas, y de ellas, la más reciente ha de referirse a su último punto de partida; pero nada de esto reza con un poseedor cuya posesión fuese anterior a la primera detentación del poseedor mediato a quien se reclama.

* * *

38. *A qué poseedores corresponde ejercitar la reivindicación posesoria.*—Llegamos con esto a la última cuestión que nos proponíamos examinar, a saber: qué posesión es la que puede dar origen a una acción reivindicatoria; es el punto capital de toda la materia, por lo menos en cuanto permite apreciar, mejor que ninguno otro, la

utilidad propia de la reivindicación posesoria con relación a la dominical.

Por tanto, veamos qué poseedores tienen derecho a reivindicar en concepto de tales, o sea cuál es la posesión que permite ejercitar la acción reivindicatoria. Como ya hemos visto, da derecho a ésta cualquiera posesión mediata o inmediata, y lo mismo la que se ostente a título de dueño que la mera posesión en nombre ajeno; de suerte que la acción se nos presenta como un medio de proteger la posesión en general, tanto la mediata como la directa.

Por consiguiente, tendrá igual amplitud que las acciones posesorias propiamente dichas cuando sea el antiguo poseedor el que haya perdido la posesión; en cambio, con respecto al poseedor actual, su esfera de aplicación se ensancha considerablemente. Se explica esto: la acción nace para alcanzar incluso a aquellos terceros adquirentes que triunfarían de las acciones posesorias por no haber actuado como autores ni cómplices en una verdadera perturbación de la posesión; por ejemplo, adquirentes de buena fe de un objeto robado o perdido. Contra ellos, no podría el antiguo poseedor ejercitar las acciones posesorias; se necesita una acción real fundada en la mera pérdida de la posesión, y en Derecho común no hay más acción de este tipo que la reivindicatoria de propiedad.

Igualmente sucede con aquellos adquirentes de mala fe que no entran en la definición del § 858, es decir, los poseedores cuya mala fe consiste en haber sabido la falta de derecho de su causante, pero sin que ellos por su parte hayan intervenido en una toma de posesión ilícita; aun cuando la posesión de su causante fuera defectuosa, y ellos ignoren este extremo, sabiendo sólo que no era propietario, se convierten en poseedores de mala fe, pero no por eso quedan sometidos a las acciones posesorias. Contra estos poseedores de mala fe, el poseedor antiguo, injustamente despojado, no hubiera tenido más recurso que

la reivindicación de dominio, y, sin embargo, podía muy bien no ser propietario; de aquí su natural interés en ejercitar la reivindicación posesoria.

Resulta, pues, que ésta surge para suplir a la reivindicatoria de propiedad y desempeñar en cierto modo un papel paralelo al de ella.

39. *Extensión y aplicación respectivas de la reivindicación dominical y la posesoria.*—Volvamos a la cuestión planteada anteriormente: si existía ya la reivindicación de propiedad, facilitada inclusive por la presunción de dominio que la posesión provoca, ¿a qué introducir en forma de acción real otra reivindicación simplemente posesoria?

Desde luego, interesaba crear esta acción para todos los casos de posesión en nombre ajeno, a fin de favorecer la posición de los depositarios, acreedores pignoraticios, prestatarios, apoderados, usufructuarios, etc., que no podrían reivindicar en concepto de dueños, y que sólo tendrían a su disposición las acciones posesorias, insuficientes, como hemos visto.

40. *Recurso empleado por los Tribunales franceses.*—Cierto es que se hubiera podido emplear el rodeo seguido por la jurisprudencia francesa en favor de los depositarios de títulos (procedimiento que recibe consagración legislativa en el art. 969 del proyecto suizo) (*). Consiste este sistema en autorizar la reivindicación dominical por parte del poseedor en nombre ajeno, sobre la base de la presunción de dominio que a su causante corresponde. Al modo como hubiera podido reivindicar el depositante, puede hacerlo el depositario con sólo alegar que ha recibido el objeto de quien hubiera podido titularse propietario. Esto entrañaría una simplificación, pues equivaldría a poner la reivindicación dominical, con las presunciones que facilitan su prueba, al alcance de todos los poseedores en

(*) [Artículo 931 del texto vigente.]

nombre ajeno, permitiendo a éstos utilizarla en todos los casos en que hubiese podido hacerlo su causante. Es, aproximadamente, el sistema suizo.

El Derecho alemán lo ha descartado por insuficiente, alegando que hay otras hipótesis aún, hipótesis en que la reivindicación posesoria debe servir incluso a aquellos que poseen en calidad de dueños, y en las cuales la reivindicación dominical, fundada en el derecho de propiedad probado o presunto, no sería bastante, por lo cual hace falta una acción que no tenga en cuenta la idea de propiedad, sino que se base meramente en la posesión.

41. *Algunos ejemplos.*—Supongamos el caso de un poseedor que adquirió de buena fe un objeto robado y se considera propietario y posee en concepto de tal; si le despojan de la posesión y encuentra el objeto en poder de un tercero, ¿en qué condiciones podrá reivindicar? Este es el punto delicado de la cuestión.

Admitamos primeramente el supuesto de que el único remedio disponible sea la reivindicación de propiedad, y veamos qué ocurriría en Derecho alemán, teniendo en cuenta cuáles son los verdaderos términos del problema, a saber: si el poseedor actual puede invocar el robo anterior, alegar, por tanto, que el antiguo poseedor no pudo convertirse en propietario y sostener en su vista que la acción no puede prosperar por no haberse probado el derecho de dominio en que había de basarse. Según el Código civil alemán, el problema se plantearía, desde luego, en torno a las presunciones de propiedad del § 1.006, descartándose, por tanto, la propiedad por tratarse de un caso de substracción de la cosa; pero como, según se ha visto, y en la esfera del propio § 1.006, el defecto originado por el robo es relativo, y no puede alegarse sino por el perjudicado, resultará que el poseedor que no hubiera sido víctima del hurto no podría invocar este motivo de irregularidad (aunque un poseedor anterior hubiera sufrido las consecuencias del delito), y frente al poseedor actual la presunción de propiedad subsistiría en favor del reivindicante.

Ahora bien; esto no ocurre más que en cuanto a la presunción del § 1.006, que es una presunción susceptible de prueba en contrario. Esta prueba consistirá, por consiguiente, en demostrar el demandado que el actor no es dueño del objeto, y se practicará en el campo del § 935, para acreditar que antes de ser poseedor el reivindicante hubo un propietario de la cosa, o simple poseedor anterior de ella, que sufrió una substracción o extravío; que con esto basta para imposibilitar ulteriores adquisiciones de buena fe del correspondiente dominio, y que, en su vista, carece de base la acción entablada, pues en el proceso pendiente el actor no se ampara en la mera posesión, sino que se basa en un derecho de propiedad inexistente, desde luego. Claro está que al demandado tocará la carga de esta prueba; pero una vez practicada, fracasará fatalmente la reivindicación dominical instada contra él. Con esto nos encontramos en presencia de un caso revelador de lo dicho: la reivindicación dominical no hubiera servido para recuperar la posesión, necesitándose una verdadera reivindicación posesoria, ya que el antiguo poseedor no hubiese podido alegar un dominio suyo, que no tenía realidad, ni menos aún apoyarse en la propiedad de su antecesor, de quien él viniera a ser causahabiente en el orden posesorio.

42. *Otras hipótesis que confirman lo dicho.*—Cabe igualmente suponer toda una serie de casos en que un antiguo dueño hubiera perdido la propiedad, y con ello no podría reivindicar ya en la esfera del dominio, pues el demandado desvirtuaría la acción con sólo alegar, por vía de excepción, la falta de derecho del actor (sin que para ello fuese preciso que el mismo demandado hubiera llegado a ser propietario). Ya lo hemos visto en cuanto al poseedor de mala fe que hubiese adquirido de un poseedor intermedio convertido en dueño por la buena fe de su adquisición, sin que mediara abandono anterior de la

posesión misma; verbigracia, un poseedor inicial, *A.*, que pierde la posesión de la cosa y la encuentra en poder de un tercero, *D.*, que la hubiera adquirido mediante complicidad en el abuso de confianza realizado por un depositario, *B.*, habiendo habido, además, un poseedor intermedio, *C.*, que tuviera carácter de dueño como adquirente de buena fe; es decir, toda esta serie de personas: *A.*, poseedor primitivo; *B.*, depositario infiel y trasmitente; *C.*, adquirente de buena fe, y *D.*, poseedor actual, cómplice en el último abuso de confianza perpetrado. Ha existido un doble abuso: el primero, de que fué víctima el poseedor inicial, desposeído de su propiedad a beneficio de un adquirente de buena fe, y el segundo, realizado a expensas de este mismo adquirente de buena fe, pero con intervención del tenedor actual, que por tal motivo se convierte en poseedor de mala fe, a su vez. Si *A.* intenta reivindicar la propiedad, su adversario *D.* alegará, por vía de excepción, que falta base para la acción, pues el dominio se consolidó en el poseedor intermedio *C.*, adquirente de buena fe. En cambio, planteada la cuestión en la esfera posesoria, el demandante *A.* no tendrá que hacer más que invocar su antigua posesión, de una parte, y la mala fe de *D.*, poseedor actual, de la otra. Y el demandado no podrá alegar otra excepción que la de abandono, inadmisible en este caso, toda vez que por hipótesis sabemos que el actor no trasmitió sino el uso del objeto, reservándose la posesión mediata y no renunciando a sus derechos. Hagamos notar, por lo demás, que si *D.* no fuese un adquirente en concepto de dueño, aunque de mala fe, sino un simple poseedor en nombre ajeno, *A.* fracasaría en la reivindicación posesoria, como antes hemos visto respecto a la dominical. En ésta, le cerraría el paso la circunstancia de haber logrado la propiedad el poseedor mediato, *C.*; la reivindicatoria de posesión tampoco procedería por no estar comprendido el caso en ninguna de las dos hipótesis estudiadas: no en la segunda (la relativa a mala fe),

porque se supone que es de buena fe el poseedor actual; no en la primera tampoco (la referente a pérdida involuntaria), porque el reivindicante no experimentó semejante pérdida. Hemos imaginado que *A.* había dado la cosa en depósito, y que por un abuso de confianza del depositario, *B.*, vino aquélla a manos de un adquirente de buena fe, *C.*, que cedió, a su vez, el disfrute de ella a título precario. En esta hipótesis, por consiguiente, los derechos del poseedor mediato quedan a salvo siempre, actúe el poseedor antiguo en la esfera de la propiedad o en la de la posesión. No quedarían a cubierto aquéllos—al menos en el terreno posesorio—si ese adquirente de buena fe convertido en propietario hubiera sido despojado por un abuso de confianza de su propio depositario en favor de un adquirente, cómplice del fraude. Aunque el antiguo depositante hubiese podido ir al pleito para recuperar el objeto, y hubiera vencido al nuevo adquirente por causa de su mala fe; aunque, en fin de cuentas, hubiera logrado también triunfar de quien poseyó antes el objeto y perdió su propiedad, a pesar de todo, sus derechos (los del poseedor mediato) no quedarán amparados por el actual poseedor ante la acción del poseedor primitivo; y si el adquirente intermedio descuida su intervención, ese poseedor inicial, que no podría resistir a aquél, triunfará una vez más, obligando a que después haya de entablar otra acción reivindicatoria el citado adquirente intermedio. Todo ello a causa de que el poseedor actual, pese a su mala fe, era un adquirente en concepto de dueño y no representaba en manera alguna ni los derechos ni la posesión del propietario intermedio, a quien había pretendido despojar; por consiguiente, a éste toca intervenir para la defensa de su propiedad, y si no lo hace, el anterior dueño, también desposeído sin su consentimiento, recobra sus derechos con respecto a las demás personas (excluído dicho propietario intermedio), y puede, por tanto, demandar a cualquiera que, en virtud de su mala fe, se halle en situación de infe-

rioridad con respecto a la posesión inicial del mencionado primer propietario.

43. *Verdadera misión de la reivindicación posesoria.* Todos estos matices, tan delicados, pero tan importantes desde el punto de vista de la más estricta equidad, quedarían sacrificados por completo en la esfera de la reivindicación dominical, y si se aprecian y tienen en cuenta es gracias a la reivindicación posesoria, que viene a ofrecer un medio para que recupere los bienes el poseedor de buena fe en todos aquellos casos en que le sería imposible la prueba del derecho de propiedad y en que su posesión resulta, sin embargo, preferente a la de su adversario.

Volviendo al ejemplo principal, que sin duda se tuvo presente, se ha querido que el poseedor de un objeto robado, ya que no pueda resistir la reclamación del dueño, tenga al menos la posibilidad de reivindicar por sí mismo cuando él, a su vez, sea víctima de una substracción o se halle frente a un poseedor de mala fe.

Esas lagunas de la reivindicación dominical son las que el Derecho alemán ha pretendido colmar mediante la reivindicación posesoria, para no dejar boquete ni resquicio, por pequeño que fuese, en la tupida red de apretadas mallas formada para proteger la posesión mobiliaria. Se ha intentado dotar al poseedor despojado (a condición de ser de buena fe) de una acción que le permita siempre recobrar la cosa cuando la haya perdido involuntariamente o esté en manos de un poseedor de mala fe, y todo ello sin necesidad de referirse a cuestión alguna de derecho.

Prácticamente resultará que el mismo propietario encontrará más ventajoso reivindicar en concepto de poseedor que hacerlo a título de dueño. O dicho de otro modo: la reivindicación mobiliaria se presentará conjuntamente bajo dos aspectos, y ante todo como reivindicación posesoria, siempre que sean aplicables sus condiciones especiales; no se transformará en reivindicación dominical, es

decir, el actor no invocará su derecho de dominio sino cuando la primera acción corra peligro de naufragar, y, en cambio, sea posible obtener en la esfera de la propiedad el triunfo que no había de lograrse en el terreno posesorio. Esto ocurrirá, v. gr., en caso de carencia de título, cuando el demandado sea un poseedor de buena fe y el actor no pueda alegar robo ni extravío; en la órbita de la posesión, habría que absolver de la demanda; en el campo del dominio, el actor conserva una probabilidad de buen éxito si consigue probar la falta de título. Pero fuera de esta hipótesis y de otras análogas, por muchas facilidades que para la prueba de su dominio le ofrezca al propietario el hecho de su posesión, preferirá no invocar más que ésta, con lo cual se evitará alegaciones adversas que impugnen su mismo derecho, sosteniendo, por ejemplo, que nunca tuvo la propiedad del objeto o que la ha perdido *ex intervallo*.

Todo este mecanismo, tan complicado al parecer, se reducirá las más de las veces a un funcionamiento práctico relativamente sencillo, si bien tiene la ventaja de poderse adaptar flexiblemente en los casos complejos a todas las exigencias de la equidad.

Verdad es que esta riqueza y esta exuberancia de medios de protección no se logran sino con suma complicación y una reglamentación algo minuciosa, lo cual significa un inconveniente positivo. Puede decirse que este sistema alemán, de claro-obscuro sutil, se opone, como tipo extremo, al sistema de simplificación a todo trance del Derecho francés, que creyó posible arreglarlo todo en dos palabras, con sólo declarar propietario al poseedor de buena fe.

* * *

44. *La reivindicación posesoria desde el punto de vista legislativo y en la esfera del Derecho comparado.*— Llegamos con esto a una cierta diversidad de tipos en la

legislación comparada, y entre ellos habrá forzosamente de elegirse cuando de codificar se trate.

En Alemania, en vez de una sola acción, las hay de tres categorías: acciones posesorias, reivindicación de propiedad (con las presunciones que la acompañan) y reivindicación posesoria (en las dos formas que puede revestir, según hemos visto).

El Derecho francés no concede, en general, acción para recuperar bienes muebles, porque en esta materia la posesión confiere en principio la propiedad; por excepción no ocurre esto en dos casos: cuando se trata de posesión de mala fe o cuando se trata de objetos extraviados o substraídos. Para ambas hipótesis se necesita una acción que permita recobrar la cosa, y esa acción no puede ser una acción posesoria, pues el Derecho francés no las admite en materia mobiliaria. Tampoco es, por lo menos en apariencia, una reivindicación posesoria, pues el art. 2.279 habla de que el propietario puede reivindicar durante tres años las cosas robadas o perdidas. Es, por tanto, una acción reivindicatoria del dominio la única que, al parecer, existe en materia de bienes muebles.

El sistema es de una simplicidad radical. Y, sin embargo, ya se habrá podido apreciar que este exceso de simplificación, con el cual se creyó cortar de raíz todas las dificultades, no eliminó sino un número muy escaso de ellas, habiéndose reducido todo a dejar entregada la protección posesoria en manos de la jurisprudencia, que, por lo demás, va un poco a la deriva.

45. *Análisis del art. 2.279 del Código civil francés.*— Veamos en concreto qué solución arrojaría el expresado artículo para el caso, algo complicado, es cierto, en que hemos basado últimamente nuestro razonamiento, o sea el de quien adquiere de buena fe una cosa robada y sufre luego, a su vez, otro robo.

El art. 2.279 no considera dueño al adquirente, aunque éste se cree tal. Al ser víctima de la substracción entablará acción reivindicatoria contra el actual tenedor, alegando el robo realizado para hacer ver que el nuevo adquirente no es propietario aunque haya obrado de buena fe. Ahora bien, ¿no podrá el poseedor actual contestar que ya antes se había cometido otro hurto del objeto y que, por tanto, tampoco llegó a ser dueño de él quien ahora insta la reivindicación? ¿Qué interpretación ha de darse en este punto al art. 2.279? En cierto modo, caben tres interpretaciones, que van de más a menos:

1.ª Puede sostenerse que el artículo crea en materia mobiliaria una *propiedad relativa*, que existe con respecto a unos y no con relación a otros. En el caso de robo, existiría a favor del adquirente de buena fe contra cualesquiera terceros, salvo siempre el propio perjudicado. Es decir, que la posesión engendraría la propiedad aun en caso de hurto; sólo que esta propiedad no podría nunca hacerse valer frente a la víctima de la substracción. Sería una propiedad que obligaría a unos y no a otros, a la manera como ocurre en punto a los inmuebles con el sistema de relatividad admitido por la ley de 23 de marzo de 1855.

2.ª Cabe decir que cuando ha habido robo anterior, el art. 2.279 no reconoce ninguna clase de propiedad en favor del adquirente de buena fe, pero lo defiende de los terceros mediante una presunción de propiedad que admite prueba en contrario. Es el sistema alemán seguido por el § 1.006, con arreglo al cual nadie sino la víctima del robo puede alegar el robo o hurto para desvirtuar dicha presunción.

3.ª Se podría sostener, por último, que el art. 2.279 resulta completamente inaplicable cuando ha habido un robo anterior, ya que no es posible partirlo por medio y utilizar sólo una mitad. En esta interpretación, el precepto no serviría ni siquiera para otorgar una mera presunción de propiedad, al estilo alemán. Como quiera que el perjudicado no había llegado en absoluto a ser propie-

tario, ninguna acción reivindicatoria dominical le corresponde (y el artículo analizado no conoce otra para recobrar la cosa de manos del poseedor actual).

Nuestra opinión se inclinaría más bien al primer sistema. El art. 2.279 quiso ante todo crear la propiedad en favor del poseedor de buena fe; en cuanto hay posesión de buena fe hay atribución de propiedad: tal es el principio. En caso de robo, no dice el texto que el adquirente no llegue a ser propietario: lo único que dice es que el antiguo dueño conserva la acción reivindicatoria incluso contra ese adquirente de buena fe. Por tanto, sólo con respecto al antiguo propietario víctima de la substracción queda privado el adquirente de buena fe de aquel título de dominio que a su posesión confería el art. 2.279; contra todos los demás tiene los derechos que tendría el propietario, y puede, en su virtud, reivindicar. Más aún: cualquiera poseedor a quien él demande, con arreglo al citado artículo, carece de derecho para alegar que el actor no puede reivindicar por no haber probado su condición de propietario. Frente a terceros, ha de considerársele dueño del objeto a virtud del precepto mismo, estando autorizado para reivindicar en los casos excepcionales en que el art. 2.279 lo permite.

46. *Alcance de esta interpretación.*—Así entendido, el mencionado precepto consiente que la reivindicación dominical desempeñe el doble papel que en Alemania desempeñan dos acciones: una fundada en la propiedad y otra en la posesión; es decir, que con el nombre de reivindicación de dominio hace funciones de reivindicación posesoria, pudiendo utilizarla aun el que posee por otro, siempre que inste el procedimiento con referencia a su causante. De esta suerte, se obtiene casi, salvo insignificantes diferencias, el mismo resultado que se consigue en Alemania mediante el mecanismo de la doble reivindicación, y acaso el camino sea más sencillo, sin perder por ello eficacia.

Sólo que, forzoso es confesarlo, todo esto debería decirlo el artículo, y no lo dice. Por eso su funcionamiento ha de resultar obscuro y problemático. La interpretación no es sino... una interpretación. En su vista, si se quiere que produzca todos sus efectos, es menester por lo menos que una fórmula legal venga a consagrar el sistema que dejamos expuesto.

47. *Reformas que necesitaría el artículo.*—Dos innovaciones se necesitarían para que el precepto, a la manera del proyecto suizo, conservara plena eficacia desde el punto de vista del crédito, aumentando las garantías debidas a la propiedad mobiliaria.

Consistiría la primera en decir que la presunción de propiedad puede ser alegada en su favor por quien posea en nombre ajeno, mediante la oportuna referencia a su causante. Esta reforma, que, por lo demás, sería simple confirmación de la jurisprudencia que el Tribunal de Casación viene sentando, tendría por finalidad permitir a los diferentes poseedores en nombre ajeno reivindicar las cosas que hubiesen perdido, sin más que valerse de la presunción de dominio otorgada a la persona de quien recibieron la cosa.

Tendría por objeto la segunda enmienda declarar expresamente que el adquirente de buena fe se presume propietario *erga omnes*, salvo siempre el antiguo dueño víctima de la substracción o extravío, debiendo atribuirse a esta presunción legal el carácter de presunción *absoluta* en el sentido del Derecho francés.

Cabría asimismo otro procedimiento, más sencillo todavía, y acaso más completo, para llegar a estos resultados: bastaría con declarar que para reivindicar es suficiente la posesión, con los demás requisitos que la acción ha de reunir cuando se reclama la propiedad, pero sin que pudiera alegarse por el demandado la cuestión del dominio, toda vez que el actor no se coloca en ese terreno, a reserva siempre de que dicho demandado haya podido con-

solidar la propiedad o pueda invocar la de su causante (1). Esta solución resultaría admisible en Derecho francés, dado que el art. 2.279 niega la reivindicación dominical en cuanto hay posesión de buena fe, sin tomar en consideración el justo título (2).

48. *Comparación con el proyecto suizo.*—Este sistema apenas diferiría, al menos desde este punto de vista, del patrocinado por el proyecto suizo, que no reconoce sino una sola acción real en materia de posesión mobiliaria, haciéndola funcionar como reivindicación dominical o como reivindicación posesoria, según los casos. En principio, actúa como reivindicación de propiedad merced a las presunciones que de la posesión se derivan, análogas a las del § 1.006 del Código civil alemán. Pero en las hipótesis en que tales presunciones resulten inaceptables, obra como reivindicación posesoria, dentro de las condiciones previstas por el § 1.007 de dicho cuerpo legal, es decir, en caso de extravío o substracción, de una parte, o frente a poseedores de mala fe, de otra (3) (*).

Se faculta al antiguo poseedor para que reivindique la cosa, ya invocando la presunción de propiedad y titulándose dueño, ya alegando únicamente la posesión; de suerte que pueden ejercitar la acción quienes aspiren a la propiedad y los que sin aspirar a ella han adquirido la posesión de buena fe. Cuando se trate de un poseedor en nombre ajeno, puede apoyarse en la presunción de propiedad correspondiente a su causante, o limitarse a alegar su propia posesión si él mismo fué quien sufrió el despojo (robo o extravío casual). Así se ve que cuando

(1) Así se lograría quizá abarcar de un golpe las tres categorías de hipótesis tenidas en cuenta por el derecho alemán: *a)* poseedor en nombre ajeno; *b)* adquirente de buena fe de un objeto robado; *c)* antiguo propietario que encuentra los bienes en manos de un poseedor de mala fe después de haber perdido su propiedad a beneficio de un adquirente intermedio. Cf. *supra*, págs. 405 y ss.
(2) Cf. *supra*, núm. 19, pág. 367.
(3) Véase el Proyecto de Código civil suizo, arts. 969 a 974.
(*) [Son los arts. 931 a 935 del Código vigente.]

las cosas han sido robadas o se perdieron fortuitamente, el art. 973 permite reivindicar, no sólo al propietario anterior, sino también al poseedor perjudicado por el hecho. Dicho poseedor podrá ejercitar la acción contra un adquirente de buena fe sin que éste, a su vez, tenga derecho a excepcionar diciendo que el actor no es propietario, pues la víctima del hurto o pérdida reivindicará a título de posesión y no en calidad de dueño.

Finalmente, la reivindicación cabe siempre respecto a un poseedor de mala fe, lo cual quiere decir que la acción procede incluso cuando hubo simple abuso de confianza, y no es necesario que el demandante se funde en su derecho de propiedad: reivindica únicamente en concepto de poseedor.

Como se ve, son casi las mismas conclusiones a que llega el Derecho alemán, pero obtenidas ahora más sencillamente, sin exceso de reglamentación ni de complejidades.

49. *El proyecto húngaro.*—También ha reproducido casi literalmente los preceptos del Código civil alemán acerca de estos particulares.

El § 625 trata de la adquisición de propiedad en materia mobiliaria, extremo en que, por cierto, se separa algo del modelo, pues no considera la tradición como un contrato real abstracto, a la manera alemana, sino como un contrato real que no tiene validez sino en razón a su causa jurídica; para que se transfiera el dominio es menester que el enajenante ponga en posesión al adquirente en virtud de una obligación válida que tuviera por objeto el traspaso de la propiedad: es un sistema mixto entre el francés, que declara consumada la trasmisión por el mero hecho del contrato, y el alemán, que sólo se fija en la tradición pura y simple realizada con tal propósito (con independencia de toda cuestión respecto a validez y eficacia del contrato que le sirva de causa). De todos modos, la opción entre ambos criterios parece inexcusable: el térmi-

no medio adoptado por el proyecto húngaro es un sistema híbrido, que no garantiza en toda su amplitud las ventajas respectivas de cada uno de los otros.

Además, cuando el trasmitente no es propietario, dispone el § 629 que la propiedad corresponda al adquirente de buena fe, siempre que haya entrado en posesión de los bienes en virtud de una tradición válidamente efectuada en cuanto a la forma. Esto significa, como en Derecho alemán, que se exigen la buena fe y el justo título, con la complicación, por añadidura, de que el acto formal de tradición no valga por sí como título justo, pues se requerirá también la existencia de causa jurídica eficaz y susceptible de justificar la trasmisión; es, por así decirlo, una agravación del sistema alemán.

Tales son los requisitos establecidos para la trasmisión y la adquisición de buena fe.

En cuanto a las acciones reivindicatorias en lo relativo a muebles, su mecanismo es igual que el del Derecho alemán. El § 660 reproduce sin grandes cambios las disposiciones del § 1.006 del modelo respecto a las presunciones de propiedad nacidas de la posesión, y el § 681 está calcado casi en el § 1.007 acerca de la reivindicación posesoria.

50. *Clasificación de sistemas.*—Los diferentes sistemas que nos ofrece en esta materia el Derecho comparado pueden clasificarse en tres grupos.

En primer lugar tenemos el grupo francés, caracterizado por la existencia de una sola acción mobiliaria, otorgada a título excepcional, y que funciona únicamente como reivindicación de propiedad.

Aparece en segundo término el grupo germanohúngaro, caracterizado por una triple serie de acciones mobiliarias, a saber: acciones posesorias, reivindicación de dominio y reivindicación de posesión.

El sistema francés es una simplificación extremada de nuestro antiguo sistema consuetudinario germánico. El alemán es una resurrección de las teorías romanas, con su delimitación tan precisa de fronteras entre propiedad y posesión. El sistema suizo, por el contrario, se presenta como un retorno a las concepciones medievales y a la interpenetración, entonces realizada, entre las ideas de propiedad y posesión, siquiera todo ello se haya adaptado a las necesidades de la época moderna.

Esta interpenetración es la que ha de irse imponiendo más y más en materia de muebles. Y puesto que la posesión por sí sola se nos aparece como dominante para hacer adquirir la propiedad, justo es que predomine también en la defensa real de los derechos mobiliarios. Debe, pues, mirársela como el equivalente de la propiedad, siempre que concurran los requisitos necesarios para la adquisición de buena fe; además, debe en cierto modo proporcionar algo así como un substitutivo o duplicado de la reivindicación en algunos casos, a saber: cuando hayan de respetarse los derechos de un antiguo propietario y no pueda alegarse la posesión como base plena del derecho *erga omnes;* entonces ha de manifestarse como un derecho que, al menos frente a terceros, se impone al respeto de todos y merece iguales medios de protección que la propiedad misma.

Tal es la conclusión a que llegamos después de este largo y penoso estudio, cuyos resultados acaso no sean enteramente inútiles para quienes hayan de preparar las reformas que han de aportarse al sistema francés sobre posesión de bienes muebles.

APÉNDICE

APÉNDICE

Texto literal de los artículos de los Códigos alemán y francés citados en el transcurso de la obra, y, además, de los restantes que hacen referencia a la posesión en general y a la especial de bienes muebles.

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

§ 176 de la ley de Introducción. Una vez entrado en vigor el Código civil, no podrá ya acordarse que queden fuera de circulación determinadas obligaciones al portador, y cesará de producir efecto, a partir de dicha vigencia, cualquier acuerdo anterior en tal sentido.

§ 139 del Código civil alemán. Cuando un acto jurídico es parcialmente nulo, lo es también en su totalidad, salvo el caso en que deba presumirse que el acto hubiera sido celebrado aun sin aquella parte nula.

§ 141. Cuando un acto jurídico nulo lo confirma el que lo realizó, debe ser juzgada la confirmación como la realización de un nuevo acto jurídico.

Si las partes confirman un contrato nulo, en caso de duda están obligadas a entregarse recíprocamente lo que hubieran habido si el contrato hubiera revestido validez desde su origen.

§ 143. La petición de anulación se efectúa mediante declaración hecha al adversario.

En los contratos, se entiende por adversario la otra parte; pero en el caso del § 123, apartado 2.°, párrafo 2.°, se entenderá por adversario quien directamente haya adquirido un derecho en virtud del contrato (*).

En los actos unilaterales que habían de realizarse con relación a otra persona, ésta es el adversario. Lo mismo ocurrirá respecto a los actos jurídicos que debieran efectuarse con relación a otra persona o una autoridad, si el acto se realizó respecto a esta última.

En los actos unilaterales de otra clase será adversario quien a virtud del acto hubiera adquirido alguna utilidad jurídica. Sin embargo, si la declaración de voluntad debiera hacerse a una autori-

---

(*) [Es el caso de quien, sin intervenir en un acto estipulado con dolo deriva de él algún beneficio sabiendo las circunstancias que concurrieron.]

dad, la solicitud de anulación puede realizarse mediante una declaración dirigida a la autoridad misma, la cual deberá inmediatamente dar conocimiento de ella a quien tenga interés directo en el acto jurídico.

§ 170. Cuando se confieran poderes a una persona mediante declaración hecha ante un tercero, seguirán aquéllos en pie con relación a éste hasta que el mandante le haya notificado su revocación.

§ 171. Si una persona comunica especialmente a un tercero o hace saber con carácter general que ha otorgado poderes a un individuo determinado, éste tiene el derecho, a virtud de tal notificación, de ejercitar dichos poderes en relación con el tercero referido o con relación a cualquier sujeto, respectivamente.

Los poderes así conferidos subsistirán hasta que se notifique en igual forma la revocación acordada.

§ 172. A la notificación especial hecha por el mandante a un tercero se equipara el caso de otorgar poder al mandatario y presentar éste al tercero de que se trate la correspondiente escritura.

Siguen en vigor las facultades del mandatario hasta que se devuelva el poder al otorgante o sea declarada su nulidad.

§ 173. Las disposiciones de los §§ 170, 171, apartado 2.°, y 172, apartado 2.°, no se aplicarán cuando el tercero haya sabido, o debiera haber sabido, al celebrar el acto jurídico, que los poderes habían expirado.

§ 177. Cuando una persona que no tenía poderes al efecto estipula un contrato a nombre de otro, la validez del contrato, en pro o en contra del representado, depende de la ratificación por parte de éste.

Si el otro contratante requiere al representado para que se pronuncie respecto al particular, a él habrá de dirigirse la contestación; es nula cualquier ratificación comunicada al representante antes de este requerimiento, como lo sería, a su vez, la negativa a ratificar. El plazo para la ratificación será de dos semanas después de recibido el requerimiento; de no otorgarse en él, se considerará negada.

§ 227. Los actos impuestos por la necesidad no se reputarán ilegales.

La necesidad consiste en la defensa indispensable para rechazar un ataque ilegal dirigido de presente contra sí o contra otra persona.

§ 229. Quien para ejercitar su derecho se apodera de una cosa, la destruye o la deteriora, o quien, con el mismo fin, detiene al obligado, sospechoso de intento de fuga, o quebranta su resistencia a un acto que debía tolerar, no obra ilegalmente si no podía obtenerse con oportunidad la intervención de la autoridad pública, y la efectividad del derecho se hubiera imposibilitado o dificultado considerablemente de no proceder así.

§ 807. Cuando el suscriptor ha emitido billetes, resguardos o títulos de esta clase en los que no consta el acreedor, y en circunstancias de las cuales resulta que aquél se obliga a realizar una prestación a favor del portador, se aplicarán las disposiciones contenidas en los §§ 793, apartado 1.°, 794, 796 y 797.

§ 823. Quien a sabiendas o por negligencia atenta ilegalmente contra la integridad corporal de otra persona, su vida, su salud,

su libertad, su propiedad o cualquiera otro derecho que a ella corresponda, está en la obligación de reparar el daño causado.

Igual obligación incumbe a quien infringe un precepto legal destinado a la protección de los demás. Será indispensable la existencia de culpa para que haya responsabilidad civil, aunque dicha culpa no fuere necesaria, con arreglo al citado precepto, para que resultara infracción del mismo.

(LIBRO III, SECCIÓN 1.ª—DE LA POSESIÓN.)

§ 854. La posesión de una cosa se adquiere por la obtención del poder de hecho sobre la misma.

Basta para la adquisición de la posesión el acuerdo de voluntades del anterior poseedor y del adquirente, cuando este último se halle ya en situación de ejercer su poder sobre la cosa.

§ 855. Si alguno ejerce el poder de hecho sobre una cosa en provecho de otro, por razón del oficio que desempeñe en su casa o en su industria, o por razón de cualquier otra situación del mismo género que le obligue a ajustarse a las instrucciones que reciba de él relativas a la cosa, sólo este último es poseedor.

§ 856. Cesa la posesión cuando el poseedor abandona su poder de hecho sobre la cosa o cuando la pierde de cualquier otro modo.

Un obstáculo de naturaleza momentánea en el ejercicio del poder de hecho no pone fin a la posesión.

§ 857. La posesión pasa a los herederos.

§ 858. El que, sin consentimiento del poseedor, le desposee o le perturba en su posesión, obra ilegalmente (vía de hecho ilícita), a menos que esa desposesión o esa perturbación estén autorizadas por la ley.

La posesión obtenida por vía de hecho ilícita es viciosa. El vicio puede oponerse al sucesor en la posesión cuando sea heredero del poseedor o cuando, al tiempo de la adquisición, conociera el vicio de la posesión de su causante.

§ 859. El poseedor puede repeler por la fuerza la vía de hecho ilícita.

Si la cosa le ha sido arrebatada y era de naturaleza mueble, puede por la fuerza recobrarla del autor de la vía de hecho ilícita, sorprendido o perseguido en flagrante delito.

Si la cosa de que ha sido desposeído es un inmueble, puede inmediatamente reintegrarse en su posesión, expulsando de él al usurpador.

Los mismos derechos tiene el poseedor contra la persona a la cual, según el apartado 2.° del § anterior, pueda oponerse el vicio de la posesión.

§ 860. Los derechos que el § 859 reconoce al poseedor pueden también ser ejercitados por quien ejerce para él el poder de hecho conforme al § 855.

§ 861. El que ha sido desposeído por vía de hecho ilícita puede pedir a aquel con relación al cual la posesión es viciosa que le reintegre en la posesión.

Cesa la acción cuando la posesión del reclamante fuere viciosa con relación al poseedor actual o a su causante y haya sido adquirida en el año anterior inmediato a la desposesión.

§ 862. El que ha sido perturbado en su posesión por vía de hecho ilícita puede reclamar del autor de la perturbación que cese ésta. Si pudieren temerse nuevas perturbaciones, puede el poseedor accionar contra aquél para que se le prohiba perturbarle en lo sucesivo.

La acción no se concede cuando la posesión del reclamante es viciosa relativamente al perturbador o a su causante y ha sido adquirida en el año anterior a la perturbación.

§ 863. En oposición a las acciones determinadas por los §§ 861 y 862, no se puede invocar el derecho a la posesión o a la realización del acto que ha causado la perturbación si no es para justificar la alegación de que la desposesión o la perturbación no constituyen una vía de hecho ilícita.

§ 864. Las acciones fundadas sobre los §§ 861 y 862 se extinguen por la expiración del plazo de un año a contar desde el hecho ilícito, si antes no han sido ejercitadas en juicio.

Se extinguen igualmente cuando, con posterioridad al hecho ilícito, se haya decidido, en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que el autor de la vía de hecho tenía un derecho sobre la cosa que le permitía reclamar un estado de posesión ajustado a su modo de proceder.

§ 865. Las disposiciones de los §§ 858 a 864 pueden ser invocadas igualmente por aquel que sólo posea una parte de la cosa, especialmente si se trata de locales o habitaciones separados.

§ 866. Cuando varias personas poseen una cosa en común, no hay lugar entre ellas al ejercicio de las acciones posesorias por lo que hace relación a los límites del uso correspondiente a cada una de ellas.

§ 867. Cuando una cosa haya salido del poder del poseedor y pasado a un fundo poseído por otro, debe este último permitir la pesquisa y recuperación, siempre que en el intervalo no haya sido la cosa objeto de una toma de posesión. El poseedor del fundo puede exigir la reparación del daño que resulte de la pesquisa y la recuperación. Si pudiera preverse un daño, puede el poseedor del fundo rehusar la autorización mientras no se le dé caución suficiente, a no ser que haya peligro en la tardanza.

§ 868. Si alguno posee una cosa en calidad de usufructuario acreedor pignoraticio, arrendatario, depositario o en virtud de título análogo, por razón del cual tuviese derecho u obligación, con respecto a otro, de poseer temporalmente, este último es igualmente poseedor (posesión mediata).

§ 869. Si el poseedor es perturbado o desposeído por vía de hecho ilícita, los derechos reconocidos por los §§ 861 y 862 pertenecen igualmente al poseedor mediato. En caso de desposesión, tiene el poseedor mediato el derecho de exigir que la posesión sea devuelta a quien era poseedor hasta entonces; si este último no puede o no quiere recobrarla, puede pedir el poseedor mediato que se le dé la posesión a él mismo. En el caso previsto por el § 867, puede, bajo el mismo supuesto, pedir que le sea permitido buscar y llevarse la cosa.

§ 870. La posesión mediata puede ser transferida a un tercero por cesión del derecho a la restitución de la cosa.

§ 871. Si el poseedor mediato se hallase, respecto de un tercero, en una relación jurídica de la naturaleza indicada en el § 868, este tercero es también poseedor mediato.

§ 872. El que posee la cosa como perteneciéndole es poseedor en nombre propio *(Eigenbesitzer)*.

§ 891. Cuando en el Registro aparece inscripto un derecho a favor de determinada persona, se presume que dicho derecho le pertenece.

Si se cancela en el Registro la inscripción de un derecho, se presume la desaparición de dicho derecho.

§ 925. El acuerdo del enajenante y el adquirente *(Auflassung)*, que es necesario, según el § 872, para la trasmisión de la propiedad de un inmueble, se hará constar en el Registro por las dos partes interesadas presentes al acto.

Una cesión hecha bajo condición o a término se reputará nula.

§ 926. Cuando las partes convienen que la enajenación comprenda los accesorios del inmueble, el comprador, juntamente con la propiedad de aquél, adquiere las cosas accesorias existentes en el acto de la enajenación y que fueren de la pertenencia del vendedor. Caso de duda, se presume que están comprendidas en la venta las cosas accesorias.

Cuando en virtud de la venta el adquirente toma posesión de cosas accesorias que no pertenecen al enajenante, o que están gravadas en beneficio de terceros, se aplicarán las disposiciones de los §§ 932 a 936; para juzgar de la buena fe del adquirente hay que atenerse a la época de la toma de posesión.

(Libro III, sección 3.ª, título 3.º—De la adquisición y pérdida de la propiedad sobre los bienes muebles.)

§ 929. Para transferir la propiedad de una cosa mueble es preciso que el propietario haga tradición de ella al adquirente y que medie entre ambos acuerdo de voluntades para realizar la trasmisión. Si el adquirente estuviese ya en posesión de la cosa, basta el acuerdo de voluntades.

§ 930. Si el propietario está en posesión de la cosa, puede ser reemplazada la tradición por un convenio entre él y el adquirente, en virtud del cual obtenga este último la posesión mediata.

§ 931. Si un tercero posee la cosa, puede ser reemplazada la tradición por la cesión que el propietario haga al adquirente de la acción para la restitución de aquélla.

§ 932. La enajenación hecha conforme al § 929 hace al adquirente propietario, aun cuando la cosa no pertenezca al trasmitente, a menos que no hubiese sido de buena fe en la época en que haya adquirido la propiedad según estas disposiciones. Sin embargo, en el caso previsto en el inciso 2.º del § 929, sólo puede suceder esto cuando el adquirente haya obtenido la posesión del trasmitente mismo.

El adquirente no es de buena fe cuando sabe que la cosa no pertenece al trasmitente, o cuando su ignorancia a este respecto proviene de culpa grave.

§ 933. Si la cosa enajenada conforme a lo dispuesto en el § 930 no pertenece al trasmitente, el adquirente viene a ser propietario

cuando se haga tradición de ella por el trasmitente, a menos que en esta época carezca de buena fe.

§ 934. Cuando la cosa enajenada conforme al § 931 no pertenece al trasmitente, el adquirente se hace propietario cuando el transferente, que tenía la posesión mediata, le cede su acción para la restitución, o, en el caso contrario, cuando el tercero poseedor le pone en posesión de la cosa, a menos que al tiempo de la cesión de la acción o de la toma de posesión carezca de buena fe.

§ 935. La adquisición de la propiedad por virtud de los §§ 932 a 934 no se realiza cuando la cosa ha sido robada o perdida, o de cualquier otra manera ha sido arrebatada al propietario. Lo mismo sucede cuando el propietario tenía la posesión por medio de otro y éste ha sido desposeído.

La presente disposición no es aplicable al dinero, a los títulos al portador ni a las cosas enajenadas en subasta pública.

§ 936. Cuando la cosa enajenada está gravada con el derecho de un tercero, se extingue este derecho por la adquisición de la propiedad. Sin embargo, esta regla no tiene aplicación en el caso previsto en el inciso 2.° del § 929, sino cuando el adquirente haya obtenido la posesión del trasmitente. Si la enajenación se ha hecho según el § 930, o si, en el caso del § 931, el trasferente no tenía la posesión mediata de la cosa, el derecho del tercero no se extingue sino cuando el adquirente tome posesión de la cosa en virtud de la enajenación.

El derecho del tercero no se extingue cuando el adquirente no tuviera buena fe en la época que debe tomarse en consideración con arreglo al apartado anterior.

Si, en el caso del § 931, el derecho perteneciese al tercero poseedor, subsiste su expresado derecho aun enfrente de un adquirente de buena fe.

§ 937. Quien ha poseído una cosa mueble durante diez años adquiere su propiedad (usucapión).

La usucapión no se realiza cuando el poseedor no obró de buena fe al adquirir la posesión o ha sabido más tarde que la propiedad no le corresponde.

§ 985. El propietario puede reclamar del poseedor la entrega de la cosa.

§ 990. Si el poseedor no lo era de buena fe al comenzar su posesión, será responsable ante el propietario desde aquel momento, con arreglo a los §§ 987 y 989. Si posteriormente sabe que no tenía derecho a poseer, responde igualmente desde esta fecha.

Por lo demás, subsistirá íntegramente la responsabilidad en que haya podido incurrir el poseedor por razón de mora.

(LIBRO III, SECCIÓN 3.ª, TÍTULO 4.°—DE LA REIVINDICACIÓN.)

§ 1.006. El que posee una cosa mueble se presume propietario de ella. Sin embargo, esta presunción no puede oponerse a un poseedor anterior a quien la cosa haya sido robada, la haya perdido o haya sido desposeído de ella de cualquier otro modo, a no ser que se trate de dinero o de títulos al portador.

El que ha poseído anteriormente se presume haber sido propietario de la cosa mientras ha durado su posesión.

En caso de posesión mediata, la presunción aprovecha al poseedor mediato.

§ 1.007. El que ha tenido en su posesión una cosa mueble puede exigir su restitución del poseedor actual, si este último no procedió de buena fe al adquirir la posesión.

Si la cosa le ha sido robada, la ha perdido o ha sido de cualquier otro modo desposeído de ella, puede pedir su devolución, incluso a quien haya adquirido la posesión de buena fe, a no ser que este último sea el propietario o haya sido desposeído antes de comenzar la posesión del poseedor anterior. No es aplicable esta disposición al dinero, ni a los títulos al portador.

No puede ser ejercitada la reclamación cuando el poseedor anterior no haya procedido de buena fe al adquirir la posesión o cuando haya abandonado ésta. Por lo demás, son aplicables las disposiciones de los §§ 986 a 1.003.

§ 2.174. El legado confiere al legatario el derecho de exigir del gravado la prestación del objeto legado.

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Art. 711. La propiedad de los bienes se adquiere y se trasmite por sucesión, por donación *inter vivos* o testamentaria y por efecto de las obligaciones.

Art. 1.138. La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el mero consentimiento de las partes contratantes.

En su virtud, el acreedor se convierte en propietario de la cosa y corre con todos sus riesgos desde el momento en que debió serle entregada, aunque no haya mediado tradición, salvo que el deudor haya incurrido en mora, en el cual caso serán de cuenta suya dichos riesgos.

Art. 1.141. Si es una cosa exclusivamente mueble la que hay obligación de donar o entregar sucesivamente a dos personas, será preferido y reputado propietario aquel de ellos a quien se haya dado posesión efectiva, aun cuando resulte de fecha posterior su título, siempre, sin embargo, que la posesión sea de buena fe.

Art. 1.166. Ello no obstante, los acreedores podrán ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor, excepto los que fuesen de índole estrictamente personal.

Art. 1.341. Deberán celebrarse notarialmente o constar en documento privado los actos que recaigan sobre una cantidad o valor de 150 francos, incluso para los depósitos voluntarios; no se admitirá prueba testifical que contradiga o amplíe el contenido de esta documentación, ni se admitirán tampoco testimonios respecto a lo que se alegue haber sido manifestado antes del documento, durante la celebración del acto o después del mismo, aun cuando se trate de una suma o valor inferior a los 150 francos.

Todo ello sin perjuicio de lo que establezcan acerca del particular las leyes relativas al comercio.

Art. 1.382. Cualesquiera hechos humanos que cuasen daño a otra persona obligan a que repare éste el individuo por cuya culpa se hubiera producido el daño.

(LIBRO III, TÍTULO 20, CAPÍTULO 2.°—DE LA POSESIÓN.)

Art. 2.228. La posesión es la detentación o el goce de una cosa o de un derecho que se tiene o ejerce por uno mismo o por otro que la tiene o que lo ejerce en su nombre.

Art. 2.229. Para poder prescribir se precisa una posesión continua no interrumpida, pacífica, pública, inequívoca y a título de propietario.

Art. 2.230. Se presume siempre que uno posee para sí y a título de propietario, si no se prueba que comenzó a poseer para otro.

Art. 2.231. Cuando se ha comenzado a poseer para otro se presume siempre poseer en el mismo concepto, si no hay prueba en contrario.

Art. 2.232. Los actos de pura facultad y los de simple tolerancia no pueden fundar posesión ni prescripción.

Art. 2.233. Los actos de violencia no pueden fundar tampoco una posesión capaz de operar la prescripción.

La posesión útil no empieza sino cuando la violencia ha cesado.

Art. 2.234. El poseedor actual que demuestre haber poseído antiguamente, se presume ha poseído durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.

Art. 2.235. Para completar la prescripción se puede agregar a la propia posesión la del causante, por cualquier concepto en que se le haya sucedido, ya sea a título universal o particular, bien a título lucrativo u oneroso.

(LIBRO III, TÍTULO 20, CAPÍTULO 3.°—DE LAS CAUSAS QUE IMPIDEN LA PRESCRIPCIÓN.)

Art. 2.236. Los que poseen para otro no prescriben nunca por ningún lapso de tiempo.

Por lo tanto, el arrendatario, el depositario, el usufructuario y los demás que detenten precariamente la cosa del propietario, no pueden prescribirla.

Art. 2.237. Los herederos de los que tenían la cosa por virtud de alguno de los títulos designados en el artículo anterior no pueden tampoco prescribirla.

Art. 2.238. Sin embargo, las personas mencionadas en los artículos 2.236 y 2.237 pueden prescribir, si el título de su posesión se ha intervertido, bien por una causa proveniente de un tercero, bien por la contradicción que aquéllas hayan opuesto al derecho del propietario.

Art. 2.239. Aquellos a quienes los arrendatarios, depositarios o cualesquiera otros detentadores precarios hayan trasmitido la cosa por un título traslativo de propiedad, pueden prescribirla.

Art. 2.240. No se puede prescribir contra el propio título en el sentido de que nadie puede cambiar por sí mismo la causa y el principio de su posesión.

Art. 2.241. Se puede prescribir contra el propio título en el sentido de que lo que se prescribe es la liberación de la obligación contraída.

(LIBRO III, TÍTULO 20, CAPÍTULO 5.°, SECCIÓN 4.ª—DE ALGUNAS PRESCRIPCIONES PARTICULARES.)

Art. 2.279. En materia de muebles, la posesión equivale al título.

Sin embargo, el que ha perdido o le ha sido robada una cosa, puede reivindicarla durante tres años, contados desde el día de la pérdida o del robo, de aquel en cuyo poder la encuentre, salvo el recurso que éste tiene contra aquel de quien la recibió.

Art. 2.280. Si el poseedor actual de la cosa robada o perdida la ha comprado en una feria o en un mercado, o en una venta pública, o de un comerciante que venda cosas semejantes, no puede el dueño originario recuperarla si no reembolsa al poseedor el precio que le haya costado. El arrendador que reivindique en virtud del art. 2.102 los muebles trasladados sin su consentimiento y que hayan sido comprados en las mismas condiciones, debe igualmente reembolsar al comprador el precio que le hayan costado.

ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS *

A

* Los números remiten a las páginas correspondientes.

B

C

D

E

G

I

J

L

M

N

O

P

R

S

T

V

Y

INDICE GENERAL

Páginas.

ESTUDIO PRIMERO

TEORÍA OBJETIVA DE LA POSESIÓN

Páginas.

ESTUDIO SEGUNDO

DEL PRINCIPIO "EN MATERIA DE MUEBLES, LA POSESIÓN EQUIVALE AL TÍTULO"

Páginas.

ESTUDIO TERCERO

LA ACCIÓN REIVINDICATORIA DE POSESIÓN

Páginas.